

Sygn. akt: KIO/UZP 1207/08

**WYROK/POSTANOWIENIE<sup>z</sup>**

**z dnia 14 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – kładzie:**

**Przewodniczący: Mark Koleśnikow**

**Członkowie: Izabela Kuciak  
Emil Kuriata**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie<sup>\*</sup> w dniu / w dniach<sup>\*</sup> 14.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** protestu / protestów<sup>z</sup> z dnia 10.10.2008 r.<sup>1</sup>

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

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

2. Kształmi postępowania obciąża **Gmina Wrocław, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gmina Wrocław, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, kontakt 50-032 Wrocław, ul. G. Zapolskiej 2/4 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: >>pełnienie funkcji inżyniera dla Kontraktu 03.2.2 „Rozbudowa osiedlowej sieci kanalizacyjnej Złotniki II” realizowanego w ramach Projektu Funduszu Spójności pn. „Poprawa jakości wody we Wrocławiu” i Kontraktu na wykonanie robót naprawczych<<; ogłoszenie ukazało się 01.08. 2008 r. w Dz. Urz. UE Nr 2008/S 148-199265.

**03.10. 2008 r.** Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o., oferta najtańsza, a jedynym kryterium jest cena. Oferta druga Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V. i oferta odrzucona Wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A. i BPGWiŚ BIPROWOD-WARSZAWA ze względu na nieważność na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp) i Wykonawcy Konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o. i Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o. ze względu na wykluczenie Wykonawcy spowodowane niewłaściwym wniesieniem wadium (art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp).

10.10. 2008 r. Wykonawca Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V. wniósł protest na naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, na czynności:

- 1) wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) zaniechania wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o.;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o.

**13.10. 2008 r.** Wykonawca Konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o. i Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o. wniósł protest na wykluczenie Protestującego i odrzucenie jego oferty z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z postępowania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wykonawca zarzuca, że pełnomocnictwo na zawarcie umowy było udzielone przez Gwaranta, który był reprezentowany przez Panów Artura S. i Arkadiusza J. Zgodnie z art. 38 Kc. działanie organu jest traktowane jak działanie osoby prawnej, bez względu na skład osobowy. Dlatego istotne jest czy osoby udzielające pełnomocnictwa w momencie dokonywania tej czynności są upoważnione do reprezentowania Gwaranta, a nie czy zgodnie z aktualnym KRS osoby te są wymienione jako osoby do reprezentowania firmy.

W pkt 12.2.4 specyfikacji Zamawiający wskazał, iż: „jeżeli gwarancja lub poręczenie będą podpisane przez inną osobę, nie mającą uprawnienia do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego, to należy dołączyć do gwarancji lub poręczenia

również stosowne pełnomocnictwo dla tej osoby, wystawione przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentacji”.

Mając na uwadze powyższe żądanie oraz z uwagi na okoliczność, iż dokument gwarancji ubezpieczeniowej nie był podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania Gwaranta zgodnie z jego KRS (osoby te nie pełniły nie pełnią funkcji w organach spółki) Protestujący załączył do oferty pełnomocnictwo udzielone przez Gwaranta osobom podpisującym dokument gwarancji ubezpieczeniowej.

Z treści tego pełnomocnictwa wynika wyraźnie, iż osobami je podpisującymi byli dwaj członkowie zarządu tj. Pan Arkadiusz J. oraz Pan Artur S., którzy działali w imieniu na rzecz Gwaranta.

Należy zatem zauważyć, iż już sama treść pełnomocnictwa była wystarczająca do stwierdzenia, iż osoby podpisujące dokument gwarancji ubezpieczeniowej upoważnione były do działania w imieniu Gwaranta.

Zamawiający zażądał, aby do gwarancji lub poręczenia dołączyć **aktualny** odpis z właściwego rejestru sądowego (KRS). Stosownie do ww. żądania Protestujący załączył do swojej oferty odpis z KRS Gwaranta, z dnia 14.07.2008 r., a więc zgodnie z żądaniem Zamawiającego „aktualny”, tzn. wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

**13.10. 2008 r.** Wykonawca Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij Nederland B.V. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

**14.10. 2008 r.** Wykonawca Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

**15.10. 2008 r.** Zamawiający oddalił protest.

Osoby podpisujące gwarancję w imieniu Gwaranta (Panowie Robert T. i Henryk C.) nie były uprawnione do reprezentowania Gwaranta zgodnie z wpisami do KRS. Protestujący załączył pełnomocnictwo do z 21.04. 2008 r. dla osób podpisujących gwarancję i ich oświadczenie o aktualności pełnomocnictwa. Osoby te miały udzielone pełnomocnictwo przez osoby nie figurujące w odpisie z KRS z 14.07. 2008 r. Dlatego Zamawiający uznał, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez osobę do tego nieuprawnioną (Pan Arkadiusz J.) i dlatego jest nieskuteczne.

Zamawiający żądał w pkt 12.2.4 specyfikacji (Instrukcji dla Wykonawców) wszystkich dokumentów, aby mieć pewność właściwego wniesienia wadium.

Zamawiający nie ma podstaw żądać uzupełnienia dokumentów wadialnych zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

**20.10. 2008 r.** (za pośrednictwem operatora publicznego) Wykonawca Konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o. i Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o. wniósł odwołanie od oddalenia protestu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na bezzasadne wykluczenie Odwołującego z powodu nie załączenia do oferty dokumentów i później nie uzupełnienia oferty dokumentów z zakresu wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej – aktualny KRS Gwaranta oraz właściwych pełnomocnictw dla osób podpisujących ubezpieczeniową gwarancję wadialną.

Odwołujący stwierdza, że do oferty zostały załączone wszelkie wymagane dokumenty, a w tym wymagany w pkt 12.2.4 specyfikacji aktualny odpis z właściwego KRS Gwaranta. Także Odwołujący załączył oświadczenie osób podpisujących dokument gwarancji, że osoby te mają aktualne, ważne w dniu podpisania pełnomocnictwo i że pełnomocnictwo to nie zostało cofnięte.

Okoliczność braku w KRS jako członka Zarządu Gwaranta Pana Arkadiusza J. nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia skuteczności przedmiotowej gwarancji.

Znaczeni ma tu szczególnie art. 38 Kc – tzw. „teoria organu” – *Osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. [Art. 97. Osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługiwaną publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa.]*

**23.10. 2008 r.** Wykonawca Konsorcjum DHV Polska Sp. z o.o. i EGIS Poland Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

03.11. 2008 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 09 października 2008 roku wniesionego przez Wykonawcę Konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o. i Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o.

07.11. 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie (sygn. KIO / W 2/08) odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 09 października 2008 roku.

12.11. 2008 r. (pismo z 7.11. 2008 r.) Zamawiający wniósł „Odpowiedź na odwołanie”. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i argumentuje:

1. Istotę wadium należy przede wszystkim upatrywać w zabezpieczeniu Zamawiającego na wypadek niedojścia do zawarcia umowy z wybranym przez siebie wykonawcą z przyczyn leżących po jego stronie, a wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

*Ponadto „funkcje wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy” („Prawo Zamówień Publicznych — Komentarz”, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Zakamycze 2005 r., wyd. II*

2. Jeżeli wniesione wadium nie gwarantuje Zamawiającemu możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 5 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia takiego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Ocena, czy wadium zostało wniesione w prawidłowy sposób, spoczywa na Zamawiającym.

O ile w zakresie oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawców na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to nie przysługuje mu już takie uprawnienie w stosunku do dokumentu wadium. Ocenę więc czy wadium zostało wniesione w prawidłowy sposób Zamawiający musi oprzeć wyłącznie na dokumencie wadium lub towarzyszących mu dokumentach.

3. Odwołujący załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący był zobowiązany dołączyć aktualny odpis z właściwego rejestru sądowego (KRS) [Gwaranta]. Rozdz. 12 ust. 2 pkt 4 specyfikacji cyt. „w celu sprawdzenia czy osoba(y) podpisująca(e) gwarancję lub poręczenie, jest (sa) upoważniona(e) do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego. Jeżeli gwarancja lub poręczenie będzie podpisane przez inną osobę, nie mającą uprawnienia do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego, to należy dołączyć do gwarancji lub poręczenia również stosowne pełnomocnictwo dla tej osoby, wystawione przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentacji. Do pełnomocnictwa należy dołączyć Oświadczenie osoby, dla której udzielono pełnomocnictwo, że pełnomocnictwo to nie zostało cofnięte i jest ważne w dniu podpisania gwarancji lub poręczenia”.

4. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie zabraniają Zamawiającemu żądania dokumentów świadczących o prawidłowym ustanowieniu wadium, a żądanie przez Zamawiającego dodatkowych dokumentów w

niniejszym postępowaniu świadczyć może jedynie o jego staranności w prowadzeniu postępowania.

5. Jednakże, z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego nie wynika, że pełnomocnictwo udzielone do podpisania gwarancji ubezpieczeniowej zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania Gwaranta – co nie przesądza, że tak w rzeczywistości było.

W chwili złożenia oferty, z uwagi na brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących gwarancję do zaciągania tego rodzaju zobowiązań w imieniu Gwaranta, Zamawiający nie miał podstaw by przyjąć, że gwarancja ubezpieczeniowa jest ważna.

Zamawiający nie mając możliwości prawnej by zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego bądź do podmiotu, który wystawił gwarancję ubezpieczeniową, a zarazem mając obowiązek dokonania oceny skuteczności wniesionego wadium na podstawie przedstawionych przez Odwołującego dokumentów, nie mógł uznać, że przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa zapewnia mu możliwość zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, że w praktyce zdarzają się sytuacje odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej z uwagi na wadliwość umocowania osoby wystawiającej gwarancję ubezpieczeniową (dyrektor oddziału wystawiający gwarancję z sumą gwarancyjną przekraczającą kwotę do jakiej może on zaciągać zobowiązania zgodnie z pełnomocnictwem).

Zamawiający nie posiada również możliwości uzupełnienia dokumentu wadium w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec braku możliwości wyjaśnienia oczywistego braku, który mógł skutkować nieważnością gwarancji ubezpieczeniowej Zamawiający nie miał innej możliwości jak tylko wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi, iż ten nie wniósł wadium. Brak załączenia dokumentów świadczących o umocowaniu osób podpisujących gwarancję do reprezentowania Gwaranta, świadczy dobitnie o niestarannym przygotowaniu oferty przez Odwołującego, od którego jako profesjonalisty wymagana jest kwalifikowana staranność.

**Na podstawie dokumentacji, stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych ustnie podczas rozprawy oraz dokumentu w postaci:**

- 1) pisma zatytułowanego „Odpowiedź na odwołanie” z 07.11.2008 r. złożonego przez Odwołującego systematyzującego jego argumentację zawartą w proteście i odwołaniu;

- 2) postanowienia Sądu Rejonowego z 29.05. 2008 r. w zakresie wykreślenia Pana Arkadiusza J. z KRS złożonego przez Odwołujący na okoliczność, że w momencie podpisywania pełnomocnictwa był uprawniony do współreprezentowania Gwaranta;
- 3) odpisu wyroku Sadu Apelacyjnego w Poznaniu sygn. I Aca 140/06 złożonego przez Przystępującego na okoliczność możliwości wystąpienia sytuacji definiowanej jako tzw. *falsus procurator*

**– skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i następnie uznanie jego oferty za odrzuconą, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ten zarzut.

Zamawiający żądał w pkt 12.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją, cyt. „ Do gwarancji lub poręczenia należy dołączyć aktualny odpis z właściwego rejestru sądowego (KRS) w celu sprawdzenia czy osoba(y) podpisująca(e) gwarancję lub poręczenie, jest (są) upoważnione do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego. Jeżeli gwarancja lub poręczenie będą podpisane przez inną osobę, nie mającą uprawnienia do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego, to należy dołączyć do gwarancji lub poręczenia również stosowne pełnomocnictwo dla tej osoby, wystawione przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentacji. Do pełnomocnictwa należy dołączyć Oświadczenie osoby, dla której udzielono pełnomocnictwo, że pełnomocnictwo to nie zostało cofnięte i jest ważne w dniu podpisania gwarancji lub poręczenia.”.

Odwołujący dostosował się do tego wymogu i załączył do oferty wskazane dokumenty. Gwarancję ubezpieczeniową z 9 września 2008 r. podpisali Panowie Robert T. i Henryk C.. Do gwarancji zostały załączone (1) Oświadczenia Pana Roberta T. i Pana Henryka C. o ważności pełnomocnictwa do podpisywania tej gwarancji w dniu wystawienia gwarancji, (2) kopia pełnomocnictwa z dla Panów Roberta T. i Henryka C. upoważniającego do udzielania m.in. gwarancji zapłaty wadium do kwoty 300 000 zł w imieniu Gwaranta (PTU); upoważnienie zostało podpisane przez Panów Artura S. i Arkadiusza J. oraz (3) odpis z KRS z 14.07.2008 r. W Rejestrze tym w dziale 2 figurował tylko Pan Artur S. (spośród osób podpisujących wyżej wymienione pełnomocnictwo).



Jednak pełnomocnictwo na zawarcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej było udzielone przez Gwaranta, który był reprezentowany przez Panów Artura S. i Arkadiusza J.

W związku z tym Odwołujący wywodzi, że wadium było wniesione prawidłowo, gdyż zgodnie z art. 38 Kc. działanie organu jest traktowane jak działanie osoby prawnej, bez względu na skład osobowy. Dlatego istotne jest czy osoby udzielające pełnomocnictwa w momencie dokonywania tej czynności są upoważnione do reprezentowania Gwaranta, a nie czy zgodnie z aktualnym KRS osoby te są wymienione jako osoby do reprezentowania firmy.

W pkt 12.2.4 specyfikacji Zamawiający wskazał, iż: „jeżeli gwarancja lub poręczenie będą podpisane przez inną osobę, nie mającą uprawnień do reprezentowania podmiotu wynikającego z dokumentu rejestrowego, to należy dołączyć do gwarancji lub poręczenia również stosowne pełnomocnictwo dla tej osoby, wystawione przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentacji”.

Mając na uwadze powyższe żądanie oraz z uwagi na okoliczność, iż dokument gwarancji ubezpieczeniowej nie był podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania Gwaranta zgodnie z jego KRS (osoby te nie pełniły nie pełniły funkcji w organach spółki) Protestujący załączył do oferty pełnomocnictwo udzielone przez Gwaranta osobom podpisującym dokument gwarancji ubezpieczeniowej.

Z treści tego pełnomocnictwa wynika wyraźnie, iż osobami je podpisującymi byli dwaj członkowie zarządu tj. Pan Arkadiusz J. oraz Pan Artur S., którzy działali w imieniu Gwaranta.

Należy zatem zauważyć, iż już sama treść pełnomocnictwa była wystarczająca do stwierdzenia, iż osoby podpisujące dokument gwarancji ubezpieczeniowej upoważnione były do działania w imieniu Gwaranta.

Zamawiający zażądał, aby do gwarancji lub poręczenia dołączyć **aktualny** odpis z właściwego rejestru sądowego (KRS). Stosownie do ww. żądania Protestujący załączył do swojej oferty odpis z KRS Gwaranta, z dnia 14.07.2008 r., a więc zgodnie z żądaniem Zamawiającego „aktualny”, tzn. wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wobec zmiany w składzie zarządu Gwaranta na podstawie żądanych i załączonych do oferty dokumentów nie można było stwierdzić, czy gwarancja została właściwie wystawiona przez osoby posiadające w chwili wystawienia gwarancji właściwe pełnomocnictwa.

Dlatego Odwołujący w załączeniu do protestu załączył dodatkowy dokument z 8 października 2008 r. „Oświadczenie” podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Gwaranta oraz aktualny KRS Gwaranta. Ponadto Odwołujący załączył kopię protokołu z posiedzenia rady nadzorczej gwaranta z 2 marca 2008 r. Z uchwał nr 7 i 8/2008 wynikało, że 2 marca 2008 r. powołano na członków Zarządu Gwaranta Panów

Arkadiusza J. i Artura S. Z dokumentów wynika potwierdzenie, że gwarancja załączona do oferty Odwołującego jest ważna i była ważna od momentu jej złożenia z ofertą do Zamawiającego.

Jednak mimo uzyskania takich informacji Zamawiający nie zmienił swojej decyzji, skupiając się na formalnych dokumentach zamiast uznać, na podstawie złożonego z ofertą dokumentu gwarancji, że wadium zostało należycie wniesione.

Na marginesie należy stwierdzić, że zgodnie z treścią [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane \(Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155\)](#) nie jest rolą zamawiającego żądać dokumentów dotyczących wniesienia wadium, zgodnie z wykazem dozwolonych dokumentów. Samo zawarcie takiej listy dokumentów w specyfikacji nie może prowadzić do zakazu badania innych dokumentów, które zostaną złożone przez wykonawców.

Również na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w ramach należytej staranności, zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a jednocześnie na podstawie tego przepisu, niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści ofert.

Należy stwierdzić, że z ofertą zostało wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń. Dlatego same wyjaśnienia tego dokumentu nie mogą być traktowane jako niedopuszczalne, nawet jeżeli są one udokumentowane nowymi oświadczeniami.

Dlatego zamawiający powinien, od momentu złożenia przez Odwołującego protestu wraz z faktycznymi wyjaśnieniami, rozpatrzyć całościowo zawarte w tym proteście argumenty.

Dalsze obstawanie przy swoim stanowisku i niedopuszczenie innych dokumentów – rzeczywiście nie wymienionych w specyfikacji, ale i nie niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – nie może znaleźć w oczach Izby uznania.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający – nie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień lub nie biorąc pod uwagę udokumentowanych argumentów odwołującego zawartych w proteście i wykluczając odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznając jego ofertę za odrzuconą – naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż nie zachodziła przesłanka tam wymieniona do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Nie badając dogłębnie wszystkich zagadnień swoim zaniechaniem zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nie przeprowadził postępowania sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*