

Sygn. akt: KIO 1655/12

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 sierpnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03 sierpnia 2012 r.** przez wykonawcę **„GARDEN” Spółka z o.o., ul. Tadeusza Romanowicza 1, 33-100 TARNÓW** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum – Zamek w Łańcucie, ul. Zamkowa 1 37-100 ŁAŃCUT**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **„GARDEN” Spółka z o.o., ul. Tadeusza Romanowicza 1, 33-100 TARNÓW** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **„GARDEN” Spółka z o.o., ul. Tadeusza Romanowicza 1, 33-100 TARNÓW** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **„GARDEN” Spółka z o.o., ul. Tadeusza Romanowicza 1, 33-100 TARNÓW** na rzecz **Muzeum – Zamek w Łańcucie, ul. Zamkowa 1 37-100 ŁAŃCUT**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1655/12

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Pielęgnacja drzew w zabytkowym parku Muzeum Zamku w Łańcucie*”, zostało wszczęte przez Muzeum – Zamek w Łańcucie, ul. Zamkowa 1 37-100 ŁAŃCUT zwanego dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 143605 – 2012, data zamieszczenia 02.07.2012 r.

W dniu 30.07.2012 r. (wpływ bezpośredni) „GARDEN” Spółka z o.o., ul. Tadeusza Romanowicza 1, 33-100 TARNÓW zwane dalej: „*GARDEN Spółka z o.o.*” albo „*Odwołującym*” został poinformowany pismem z dnia 26.07.2012 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej: Stanisława Lisaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „*Salix*” Specjalistyczny Zakład Pielęgnacji, Leczenia oraz Ścinki Drzew Stanisław Lisak, ul. Kasprzyków 24A, 33-100 Tarnów zwanego dalej: „*Salix Specjalistyczny Zakład Pielęgnacji, Leczenia oraz Ścinki Drzew Stanisław*” oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu swojej oferty przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 2 Pzp żądał od Wykonawców wniesienia wadium w kwocie określonej w Rozdz. IX, wymagał również aby wadium było wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do dnia 12 lipca 2012 r. do godz. 12;30. Wykonawca wniósł wadium, jak stwierdził Zamawiający w formie gwarancji wadialnej Banku BOŚ w wysokości 9.000 zł. Z gwarancji wadialnej wynika, iż wystawca gwarancji wadialnej nie jest zobowiązany do zapłaty gwarantowanej sumy wadialnej, jeżeli Wykonawca nie uzupełni dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw a jednocześnie złoży oświadczenie iż nie wynika to z przyczyn leżących po jego stronie. Zapis niniejszy jest sprzeczny a art. 46 ust.4 (a) Pzp albowiem przepis ten zwalnia z prawa zatrzymania wadium jedynie w przypadku udowodnienia przez Wykonawcę, że brak uzupełnienia nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie. Złożenie takiego oświadczenia nie jest udowodnieniem. W konsekwencji wykluczył GARDEN Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” i odrzucił na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Nadto stwierdził, że przedłożona polisa OC dotyczy PKD 47.78Z. „*Sprzedaż detaliczna pozostałych nowych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach*”, a więc nie jest związana z przedmiotem zamówienia. Nie dołączono także potwierdzenia opłacenia polisy OC. Zamawiający w tym wypadku wyjaśnił, że odstąpił od uzupełnienia polisy wraz z dowodem jej opłacenia ponieważ oferta podlega odrzuceniu.

W dniu 03.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołanie GARDEN Spółka z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.07.2012 r. (faxem). W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył: art. 7, art. 24 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 45 ust. 6 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 3, art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. Nr 226 poz. 1817 zwane dalej: „Rozporządzeniem”. Wnosił o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu do powtórzenia nieprawnie zaniechanych czynności - w tym prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród uczestników postępowania z udziałem Odwołującego,
- zasądzenie kosztów prowadzonego postępowania odwoławczego oraz związanych z udzielonym pełnomocnictwem od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - zgodnie z udokumentowanymi kosztami,

• zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wykazanych kosztów przejazdu

Zamawiający w dniu 02.07.2012 r. umieścił ogłoszenie o postępowaniu przetargowym. Na stronie internetowej Zamawiającego zostało umieszczone stosowne ogłoszenie wraz z cyfrowym zapisem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz pozostałą dokumentacją (dowody: ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu publicznym - wydruk zapisu cyfrowego oraz SIWZ - wydruk zapisu cyfrowego ze strony internetowej Zamawiającego). Po dokładnym zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia, a szczególnie z treścią SIWZ, posiadając wieloletnie doświadczenie w realizacji szeregu zadań tożsamy z przedmiotem zamówienia, Spółka złożyła stosowną ofertę na wykonanie w/w zadania. Zgodnie z treścią SIWZ (vide Rozdz. IX pkt 8 ust. 3), a przede wszystkim art. 45 ust. 6 pkt. 3 Pzp, zostało uiszczone stosowne wadium w wysokości 9 000 zł, w formie gwarancji wadialnej udzielonej przez Bank Ochrony Środowiska. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego (vide Rozdz. IX pkt 10 SIWZ) treść udzielonej gwarancji jako *essentialia negotii* zawierała:

- wskazanie Zamawiającego jako beneficjenta gwarancji,
- określenie wysokości gwarancji w zł,
- określony datą termin odpowiedzialności - na okres terminu związania z ofertą,
- wszystkie przypadki utraty wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp,

Oryginał w/w gwarancji został dołączony do składanej oferty. (dowód - kserokopia w/w gwarancji wadialnej).

Podczas procedury otwarcia ofert okazało się, iż oferta cenowa Odwołującego jest najtańszą spośród 7 złożonych ofert. Kolejną ofertą - na drugim miejscu pod względem

oferowanej ceny, była oferta Salix Specjalistyczny zakład Pielęgnacji, Leczenia oraz Ścinki Drzew. Oferta ta była droższa od naszej o kwotę 5 257,76 zł. Ponieważ jedynym kryterium oceny ofert była cena należało domniemać, iż oferta GARDEN Sp. z o.o. zostanie uznana za najkorzystniejszą w myśl uregulowań wynikających z Pzp oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy. Odwołujący, monitorując codziennie stronę internetową Zamawiającego, w dniu 27.07.2012 r. dostrzegli zamieszczenie na niej ogłoszenia w wersji cyfrowej zatytułowanego „Ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej”. Z jej treści wynikało, iż Odwołujący został wykluczony z prowadzonego postępowania. Odwołujący nadmieniał, iż do dnia dzisiejszego nie otrzymaliśmy żadnej formalnej informacji (zawiadomienia) o wykluczeniu z prowadzonego postępowania, do czego obliguje Zamawiającego art. 24 ust. 3 Pzp. Powodem wykluczenia było w ocenie Zamawiającego naruszenie art. 46 ust. 4 Pzp. Artykuł ten normuje sprawy należnych Wykonawcy odsetek w przypadku zwrotu wadium uprzednio uiszczonego w formie pieniężnej. W przedmiotowej sytuacji wadium wniesiono w formie gwarancji bankowej, a więc przywołanie przez Zamawiającego tego artykułu, jako normy prawnej umożliwiającej wykluczenie Wykonawcy z prowadzonego postępowania (z resztą bez względu na formę wniesienia wadium) jest w całości bezzasadne.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał: *„Z gwarancji wadialnej wynika, iż wystawca gwarancji wadialnej nie jest zobowiązany do zapłaty gwarantowanej sumy wadialnej jeżeli Wykonawca nie uzupełni wymaganych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw a jednocześnie złoży oświadczenie iż nie wynika to z przyczyn leżących po jego stronie, niektórzy Oferenci nie spełnili wymogów formalnych”*. (dowód: kserokopia ogłoszenia o wyniku postępowania z 26.07.2012 r.)

Podkreślił, iż zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonym jednoznacznie w SIWZ (vide Rozdz. IX pkt 10), w treści gwarancji znalazły się sformułowania wynikające bezpośrednio z literalnego zapisu art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Ustawodawca przewidział możliwość uniknięcia utraty wadium przy zaistnieniu przesłanek opisanych w w/w artykułach jedynie wówczas, kiedy Wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zauważył, iż gwarancja wadialna jaką przedłożyliśmy, ma jednoznaczny charakter gwarancji nieodwoławalnej, bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie. Tylko takie cechy zabezpieczenia finansowego dają Zamawiającemu rękojmię prawidłowego i bezkolizyjnego prawnie zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia prawnych przesłanek opisanych art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Dlatego też należy uznać czynność Zamawiającego wykluczającą Odwołującego z postępowania bezsprzecznie za wadliwą i bezprawną, gdyż:

- a) wadium zostało prawidłowo wniesione (w wymaganej wartości wyrażonej w zł polskich i terminie oraz w formie określonej art. 45 ust. 6 p. 3 Pzp). To najważniejsze cechy tej gwarancji, które warunkują jej poprawność formalno - merytoryczną,
- b) żadne uregulowania prawne nie normują treści udzielanej gwarancji bankowej, dlatego

może być ona kształtowana przez strony. W tym miejscu należy przywołać Rozdz. 6 ustawy z 29.08.1997 r. - Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. nr 72, poz. 665 z późn. zm.), w którym ustawodawca określa zasady udzielania takich gwarancji przez banki, nie precyzując tam jej treści,

c) w przedmiotowej gwarancji gwarant uwzględnił w treści jedynie wymogi beneficjenta gwarancji (Zamawiającego) opisane w SIWZ. Tym samym treść udzielonej gwarancji bankowej odpowiada postawionym wymaganiom Zamawiającego,

d) udzielona gwarancja zawiera przesłanki formalne i merytoryczne, gdyż ma charakter gwarancji nieodwołalnej, bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie,

e) wykluczenie Wykonawcy z postępowania następuje tylko i wyłącznie na podstawie przypadków stanowiących zamknięty katalog (vide art. 24 ust. 1 i 2 Pzp). W katalogu tym nie mieści się żaden inny powód, a tym bardziej związany z art. 46 ust. 4 Pzp. Natomiast zgodnie z treścią przywołanego wcześniej ogłoszenia o wyniku przeprowadzonego postępowania, w przedmiotowym wypadku wykluczenie Odwołującego nastąpiło przede wszystkim w oparciu o art. 46 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji jego przyjęcia Zamawiający posiłkował się treścią art. 24 ust. 2. (a więc z uwagi na nie uiszczenie wadium, które zostało poprawnie uiszczone),

Podniósł także, iż Zamawiający również zakwestionował przedłożoną wraz z ofertą polisę OC z uwagi na jej treść z n/w względów:

- w treści polisy zawarto oznaczenie głównego przedmiotu działalności Spółki opisanego kodem PKD nr 47.78Z. W celu wyjaśnienia wspomnianej kwestii Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego z prośbą o stosowne wyjaśnienie wykorzystując uregulowania art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Tego jednak nie uczynił posiłkując się art. 26 ust. 3 Pzp,
- w ofercie nie znajdował się dowód opłacenia polisy. Z jej treści wynika jednak, iż termin uiszczenia I-ej raty upłynął przed terminem składania ofert, a więc tym samym polisa została opłacona w wymaganym terminie.

Kolejną nieprawidłowością w przeprowadzonym postępowaniu jest żądanie Zamawiającego od Wykonawców:

- *„(...) życiorysu potwierdzającego spełnienie przez wskazaną osobę wymogów określonych w § 23 ust. 1 rozporządzenia Ministra kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich; badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (DZ.U. Nr 165 poz. 987)”* - w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przez kierownika prac (vide Rozdz. V pkt 4 a - str. 4 SIWZ). Żądanie to jest nieuprawnione, a zarazem narusza uregulowania wynikające z rozporządzenia przywołanego w *petitum* odwołania. Treść

tego rozporządzenia w żaden sposób nie upoważnia Zamawiającego do żądania przedstawienia życiorysu od kogokolwiek z uczestników toczącego się postępowania.

Wobec powyższego stwierdził rażące naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 7 Pzp, gdyż:

a) Zamawiający nie dochował zasady równego traktowania Wykonawców, poprzez wykluczenie naszej Firmy z prowadzonego postępowania,

b) bezprzedmiotowe i bezprawne działania w stosunku do Odwołującego wskazują na brak obiektywizmu i bezstronności czynności osób prowadzących postępowanie po stronie Zamawiającego,

c) utrzymując obecny wynik przeprowadzonego postępowania, przedmiotowe zamówienie zostanie udzielone Wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp

2. art. 24 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż Odwołujący został wykluczony z prowadzonego postępowania pomimo prawidłowo wniesionego wadium.

3. art. 24 ust. 3 Pzp, gdyż Odwołujący nie został do dnia dzisiejszego formalnie powiadomiona o wykluczeniu z prowadzonego postępowania. Do siedziby Odwołującego wpłynęło drogą pocztową w dniu 30.07.2012 r. jedynie ogłoszenie wyniku postępowania.

4. art. 25 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający żądał od Wykonawców dokumentów (życiorys osób) nie uwzględnionych w przepisach zarówno Pzp, jak i w zamkniętym katalogu Rozporządzenia

5. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, gdyż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia treści złożonej oferty.

6. art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp, gdyż Zamawiający nie uznał poprawnie uiszczonego wadium w formie gwarancji bankowej.

7. art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, który zaproponował wyższy koszt wykonania przedmiotowego zadania niż Odwołujący - przy jedynym kryterium oceny ofert, jakim była cena wykonania zadania.

8. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż Zamawiający nie tylko formalnie nie powiadomił prawidłowo wykluczonego Wykonawcy o faktycznych i prawnych podstawach wykluczenia, ale także w ogłoszeniu o wyniku postępowania przyjął wadliwą podstawę wykluczenia (art. 46 ust. 4 Pzp).

9. art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp, gdyż Zamawiający nie informując Odwołującego nie tylko o jego wykluczeniu, ale także o przesłankach formalno - prawnych tego wykluczenia, uniemożliwił Wykonawcy z prawidłowego (terminowego) skorzystania z przysługujących środków ochrony prawnej w oparciu o dział VI Pzp.

10. § 1 ust. 1 Rozporządzenia, gdyż Zamawiający bezpodstawnie żądał dokumentów nie znajdujących się w zamkniętym katalogu tego aktu prawnego wobec wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp

Zamawiający w dniu 01.08.2012 r. wezwał (listem poleconym) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca w ustawowym terminie.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, zmianą SIWZ, ofertą Odwołującego, kopia gwarancji wadialnej bankowej Nr S/15/01/2012/1115/K/4 z dnia 09.07.2012 r., kopią Policy OC nr 903002203281 z dnia 16.12.2011 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, opinią wystawcy gwarancji wadialnej złożoną na rozprawie przez Odwołującego – pismo z dnia 06.08.2012 r., kopią zaświadczenia o numerze identyfikacyjnym REGON złożoną na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1655/12, postanowień SIWZ i jej zmiany, oferty Odwołującego, kopii gwarancji wadialnej bankowej Nr S/15/01/2012/1115/K/4 z dnia 09.07.2012 r., kopii Policy OC nr 903002203281 z dnia 16.12.2011 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, opinii wystawcy gwarancji wadialnej złożonej na rozprawie przez Odwołującego – pismo z dnia 06.08.2012 r., jak i kopii zaświadczenia o numerze identyfikacyjnym REGON złożonej na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę

także stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający określił w SIWZ w Rozdz. V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z pkt 3 niniejszego rozdziału o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymóg - dysponowanie 1 osobą która będzie pełnić funkcję kierownika prac spełniającą wymogi określone w § 23 ust.1 rozporządzenia Ministra kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich; badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (DZ.U. Nr 165 poz. 987). W celu potwierdzenia niniejszego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia Informacji (wykazu osób) o osobie która będzie pełnić funkcje kierownika prac. Do informacji należało dołączyć m.in. życiorys potwierdzający spełnienie przez wskazaną osobę wymogów § 23 ust.1 rozporządzenia Ministra kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich; badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (DZ.U. Nr 165 poz. 987). Wykaz przedłożono na str. 7 oferty wraz z zaświadczeniami (od str. 8- 20 oferty) oraz doświadczeniem zawodowym pracowników i referencjami na ich rzecz (str.21- 23 oferty).

Zamawiający w ramach Rozdz. V SIWZ określił również wymóg dysponowania opłaconą polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę min. 250. tys. zł. (str. 3 SIWZ). Na potwierdzenie należało przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 250. tys. zł. (str. 5 SIWZ). Polisa OC nr 903002203281 z dnia 16.12.2011 r. została załączona do oferty (str. 34-35), bez dowodu jej opłacenia. Podano Nr PKD 47.78/Z/007. Termin I składki – 23.12.2011 r., termin II składki – 30.05.2012 r. Poniżej tabeli odnoszącej się do niniejszych terminów znajdowało się sformułowanie – Potwierdza się wpłaty w kwocie 0,00 zł.

W ramach Rozdz. IX SIWZ (str. 7) Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. Stwierdził, że w przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż w pieniądzu, wymagane jest dołączenie do oferty dokumentu wystawionego na rzecz Zamawiającego. Dokumenty, o których mowa w punkcie IX.3 2-5 muszą zawierać określoną datę terminu

odpowiedzialności, nie krótszą niż okres związania oferta określony w SIWZ oraz wszystkie przypadki utraty wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust.4 a i 5 Pzp. Odwołujący załączył do oferty wadium w formie gwarancji bankowej wstawionej przez Bank Ochrony Środowiska SA z siedzibą w Warszawie, Centrum Korporacyjne w Krakowie - gwarancja wadialna bankowa Nr S/15/01/2012/1115/K/4 z dnia 09.07.2012 r. (str. 50 oferty). Treść gwarancji w zakresie art. 46 ust.4 a i 5 Pzp została podana w sposób opisowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 i 2 oraz art. 45 ust.6 pkt 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za chybiony.

Należy uznać, że zasadnie Zamawiający nie uznał wadium uiszczonego w formie gwarancji wadialnej bankowej przez Odwołującego za poprawnie wniesione, a w konsekwencji trafnie wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę. Izba przeanalizowała treść gwarancji wadialnej, biorąc pod uwagę także opinie wystawcy przedłożoną przez Odwołującego na rozprawie. W konsekwencji należy stwierdzić, że wbrew jego stanowisku wynikającemu z niniejszej opinii z dnia 06.08.2012 r., wystawca dokonał zawężenia przesłanek wynikających z art. 46 ust. 4a Pzp w ramach gwarancji wadialnej z dnia 09.07.2012 r. Izba nie przeczy, że nie ma konieczności literalnego przywoływania stosownych przepisów Pzp. Godne bowiem aprobaty jest stanowisko prezentowane przez obie strony, że treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Za wystarczające uznać należy opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa warunki zapłaty określające, a nawet wskazanie, że bank zapłaci sumę gwarancyjną na zasadach określonych w Pzp. Jednak każdorazowo wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym, wystawca w skutek użytych sformułowań: „(...) *chyba że zostanie przedłożony dokument (...) przez Wykonawcę z którego wprost będzie wynikać, że brak wymaganych dokumentów (...) wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie*” określił, że wystarczającym dowodem zwalniającym Gwaranta z wypłaty wadium będzie, taki jak wskazany dokument (wybrał w odróżnieniu od przepisu – sposób udowodnienia, za wystarczający i przesądający). Izba stwierdza, że mogą zaistnieć sytuacje, gdy zasadnie w ten sposób zostanie udowodniona przyczyna nieleżąca po jego stronie, jak i sytuacje gdy z obiektywnego punktu widzenia taki dokument mimo literalnego – wprost wskazywania pewnych okoliczności powinien być uznany za niewystarczający. Przy czym, przy brzmieniu wynikającym ze spornego fragmentu wystawca będzie mógł uchylić się od zapłaty wadium, mimo stwierdzeń odnoszących się do nieodwoływalności, bezwarunkowości i płatności na pierwsze wezwanie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za chybiony. Brak jest jakichkolwiek przeszkód, aby w jednym piśmie zawrzeć zarówno ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i wykluczeniu Wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp, Izba uznała, że brak jest podstaw faktycznych do jego formułowania. Literalne brzmienie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty jako podstawę przyjęło art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przy wykluczeniu oraz art. 24 ust.4 Pzp przy odrzuceniu. Art. 46 ust.4 Pzp stanowi swoistą omyłkę pisarską, albowiem z przywołanych przesłanek faktycznych wynika niezbiecie, że chodzi w istocie o art. 46 ust.4 a Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust.1 i 2 Pzp, niniejsze także są niezasadne. Po pierwsze, dlatego, że Odwołujący został formalnie powiadomiony o swoim wykluczeniu, po drugie zaistniały stan faktyczny nie uniemożliwił Wykonawcy złożenia środka ochrony prawnej.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust.1 Pzp, tudzież § 1 ust.1 Rozporządzenia, w tym zakresie niniejsze zarzuty dotyczą *de facto* postanowień SIWZ i podnoszone po wyborze oferty najkorzystniejszej są spóźnione. Kwestia życiorysu nie była też podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Z tej przyczyny powyższy zarzut został pozostawiony bez rozpoznania jako sformułowany po terminie.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, tzn. bezpodstawnego zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wezwania do wyjaśnienia Polisy OC, zarzut niniejszy z uwagi na nie uwzględnienie zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej bankowej należy oddalić. W konsekwencji, wobec zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, kopie zaświadczenia o numerze identyfikacyjnym REGON przedłożona na rozprawie przez Odwołującego należy uznać za bezprzedmiotową. Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, tak w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowania, tudzież odrzuceniu jego oferty, jak i rozprawie, że zaniechanie skorzystania z niniejszych instytucji wynika, jedynie z uwagi na odrzuceniu oferty Odwołującego. W ocenie Izby, w wypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej bankowej postępowanie uzupełniające pozwoliłoby sanować złożoną ofertę w zakresie polisy OC oraz dowody jej opłacenia.

Zarzut naruszenia art. 7 oraz art. 91 ust.1 Pzp, wobec oddalenia pozostałych zarzutów także należy oddalić.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....