

**WYROK**  
z dnia 25 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek- Bujak

**Członkowie:** Lubomira Matczuk-Mazuś  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instalacje HTS Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 61-371 Poznań, ul. Romana Maya 1 oraz Ryszarda Matuszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Sprzętowy Ryszard Matuszewski, 59-300 Lubin, ul. Szybowa 51** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Konin, Urząd Miejski w Koninie, 62-500 Konin, Plac Wolności 1** protestu z dnia 18 maja 2009 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Konińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A (lider konsorcjum), 62-510 Konin, ul. Zakładowa 7, Tadeusz Wawrzyniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Budownictwa Wiejskiego, 62-740 Tuliszków, ul. Poznańska 70**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instalacje HTS Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 61-371 Poznań, ul. Romana Maya 1 oraz Ryszarda Matuszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod**

**nazwą Zakład Budowlano-Sprzętowy Ryszard Matuszewski, 59-300 Lubin, ul. Szybowa 51 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 uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instalacje HTS Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 61-371 Poznań, ul. Romana Maya 1 oraz Ryszard Matuszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Sprzętowy Ryszard Matuszewski, 59-300 Lubin, ul. Szybowa 51,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx złotych xxx groszy) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instalacje HTS Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 61-371 Poznań, ul. Romana Maya 1 oraz Ryszarda Matuszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Sprzętowy Ryszard Matuszewski, 59-300 Lubin, ul. Szybowa 51.**

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

### I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oś. Morzysław (ul. Jana Pawła II, Graniczna, Portowa, Staromorzysławska – część południowa) w Koninie – I etap* (numer sprawy WP.341-13/09). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2009 r., poz. 86268.

Zamawiający w dniu 12 maja 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wynikach oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Konińskie Przedsiębiorstwo Budowlane SA, Zakład Usługowy Budownictwa Wiejskiego Tadeusz Wawrzyniak oraz o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp konsorcjum firm: Instalacje HTS Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Sprzętowy Ryszard Matuszewski i uznaniu oferty wykonawcy za odrzuconą.

W dniu 18 maja 2009 r. do zamawiającego protest wniosło konsorcjum wykluczone z postępowania, zwane dalej protestującym lub odwołującym. W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a przez uznanie, że gwarancja nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego w przypadku odmowy złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez odrzucenie oferty protestującego z powodu wykluczenia go z postępowania. Ponadto, na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający naruszył art. 91 ust. 1, gdyż wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza według kryterium oceny ofert. W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż zarzut braku zabezpieczenia w gwarancji ubezpieczeniowej pełnego zakresu roszczeń zawartych w cz. X pkt 16.6 siwz jest co najmniej przedwczesny, jeśli nie w ogóle chybiony w tym zakresie, bowiem możliwość zatrzymania wadium na etapie postępowania ofertowego jest niedopuszczalna. Ponieważ okoliczność skutkująca zatrzymaniem wadium się nie ziściła, protestujący wskazał, iż założenie, że wykonawca nie złożyłby na wezwanie wymaganych oświadczeń i dokumentów jest wygórowane i nieuzasadnione. Protestujący wskazał, iż gwarant uznał, że sytuacja opisana w pkt 16.6 siwz zawiera się również w okoliczności opisanej w pkt 16.7 (myślnik trzeci), który stanowi o zatrzymaniu wadium, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym należy uznać, że w punkcie 4 podpunkt 3 gwarancji ubezpieczeniowej, roszczenie o wypłatę kwoty w przypadku, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, obejmuje również sytuację opisaną w punkcie 16.6 siwz. Osobne artykułowanie w treści gwarancji okoliczności wskazanej w punkcie 16.6 protestujący uznał za zbędne, gdyż zawiera się we wcześniejszym zapisie.

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z dnia 26 maja 2009 r. (przekazując je protestującemu w tym samym dniu faksem), oddalając go w całości. Zamawiający uznał, iż stanowisko, jakoby okoliczność wynikająca z art. 46 ust. 4a została zawarta w pkt. 4 gwarancji stanowiącym „zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”, za niezasadne. Wskazane okoliczności stanowią odrębną podstawę do

zatrzymania wadium. Z brzmienia treści przedłożonej gwarancji nie wynika wprost, że ubezpieczyciel zobowiązał się do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a, co oznacza, że nie zabezpiecza ona w pełni roszczeń zamawiającego.

Wobec decyzji Zamawiającego konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za pomocą przesyłki listowej nadanej w dniu 30 maja 2009 roku doręczając jego treść zamawiającemu 1 czerwca 2009 roku (31 maj 2009 r. – niedziela). W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, ewentualnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentu gwarancji w trybie art. 26 ust. 3 o oświadczenie gwaranta, nakazanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum firm, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Na posiedzeniu skład orzekający nie stwierdził wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania i rozpoznał odwołanie na rozprawie.

## II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania oraz stanowisk stron, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Na skutek czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy wnoszącego odwołanie z udziału w postępowaniu, doszło lub może dojść do naruszenia interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż uprawomocnienie się decyzji zamawiającego spowoduje, że wykonawca ten utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, chociaż złożył ofertę z najniższą ceną, a cena w niniejszym postępowaniu stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, oferta odwołującego się nie była poddana punktacji w toku oceny ofert, a w konsekwencji nie została wybrana.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

Podniesione zarzuty wynikają z czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z powodu braku wniesienia wadium zabezpieczającego złożoną w postępowaniu ofertę. Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2009 roku poinformował wykonawcę, iż złożona gwarancja ubezpieczeniowa NR 1502/51/09/PO na poczet zapłaty wymaganego w postępowaniu wadium, nie zabezpiecza w pełni roszczeń zamawiającego, gdyż nie obejmuje przesłanki zatrzymania wadium wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy pzp oraz części X pkt 16.6 siwz, tj. zatrzymania wadium wraz z odsetkami w przypadku kiedy 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 ocenie odwołującego, złożona gwarancja ubezpieczeniowa w pkt 4 ppkt 3 obejmuje również sytuację powołaną powyżej, wypełniającą się w zapisie o powstaniu roszczenia o wypłatę z niniejszej gwarancji kwoty wadium, gdy „Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Na podstawie treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/51/09/PO wystawionej w Poznaniu w dniu 21.04.2009 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ z siedzibą w Warszawie, skład orzekający Izby uznał, iż nie zabezpiecza ona roszczeń zamawiającego o wypłatę kwoty wadium w przypadku zaistnienia sytuacji, określonej w art. 46 ust. 4a ustawy pzp. Skład orzekający nie uznał za skuteczne oświadczenie gwaranta z dnia 18 maja 2009 roku załączone do protestu, o objęciu zakresem gwarancji również okoliczności wskazanej w pkt 16.6 siwz, której wystąpienie powodować miałyby brak możliwości zawarcia umowy z przyczyn po stronie wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż okoliczności zatrzymania wadium przez zamawiającego określone zostały w ustawie pzp w dwóch ustępach artykułu 46, tj. w ustępie 4a oraz 5. Ustęp 5 dotyczy okoliczności, jakie mogą zaistnieć po wyborze oferty najkorzystniejszej w stosunku do wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybierze. Natomiast ustęp 4a będzie miał zastosowanie do każdego wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, która to procedura poprzedza wybór oferty najkorzystniejszej. Zatem należy wskazać, iż oba przepisy mają zróżnicowany zakres zastosowania, w szczególności dotyczą okoliczności występujących na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, a także mają różny krąg adresatów. Nie można uznać, iż zamawiający będzie mógł skutecznie żądać wypłaty kwoty wadium od gwaranta na podstawie zapisu dotyczącego okoliczności wskazanej w ustępie 5 pkt 3 ustawy pzp.(odpowiednio pkt 4.3 gwarancji), w sytuacji kiedy nie dokonano wyboru oferty wykonawcy, który nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego żądanych dokumentów

lub oświadczeń. Powoływana przez odwołującego okoliczność wystąpienia niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dotyczyć może wyłącznie wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał. W przypadku odmowy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp., wykonawca podlegać będzie wykluczeniu z postępowania, a jego oferta będzie uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp. W tej sytuacji nie dojdzie do wyboru oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania, a tym samym nie znajdzie zastosowania przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp, uprawniający zamawiającego do zatrzymania wadium.

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, iż żądanie wezwania do uzupełnienia dokumentu wadium nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, który dotyczy wyłącznie dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, które to żądanie zgłoszone zostało w odwołaniu. W przypadku braku zabezpieczenia oferty wadium w zakresie określonym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, a jego oferta uznawana jest za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy pzp.) W okolicznościach niniejszej sprawy, odwołujący nie zabezpieczył w pełnym zakresie roszczeń zamawiającego w zakresie żądania wypłaty przez gwaranta kwoty wadium na wypadek wystąpienia okoliczności określonych ustawą pzp i wskazanych literalnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części X pkt 16.6 i 16.7, co prowadziło do wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji również do uznania jego oferty za odrzuconą.

Na tej podstawie odwołanie należało oddalić jako bezzasadne. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*