

Sygn. akt: KIO 1858/15

WYROK

z dnia 9 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOMOBEX-INEL” Sp. z o.o., ul. Dekabrystów 41, 42-200 Częstochowa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Mstów, ul. 16 stycznia 14, 42-244 Mstów**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa, 2) Zakład Remontowo Budowlany „ULBUD” G. S., ul. Botaniczna 26/16, 42-200 Częstochowa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Mstów – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kontynuacja i zakończenie robót na zadaniu pn.: „Budowa przedszkola trzyoddziałowego wraz z zagospodarowaniem terenu w Wancerzowie”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26 sierpnia 2015 r. Odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOMOBEX-INEL” Sp. z o.o., ul. Dekabrystów 41, 42-200 Częstochowa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówieni oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie prowadzące do uznania, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a w konsekwencji, że należało go wykluczyć z postępowania;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, właściwie zabezpieczoną wadium wymaganym przez Zamawiającego i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że zgodnie z pkt. 12 SIWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty oryginału dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w innej formie niż w pieniądzu. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, z których jednym z nich był Odwołujący (cena oferty: 1.725.690,00 zł), a drugim konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. (lider) i Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G. S.(wspólnik; cena oferty: 1 779 810,00 zł).

W wyniku badania ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający stwierdził, że do swej oferty Odwołujący załączył kserokopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej wniesienia wadium. W związku z tym Zamawiający stwierdził, że Odwołującego należało z postępowania wykluczyć, a jego ofertę odrzucić. Jednak przed ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym Zamawiający dokonał skarżonych czynności, Odwołujący doręczył Zamawiającemu oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, w formie której wniósł wadium w postępowaniu, jednocześnie wskazując, że zaistniała sytuacja wynikała z oczywistej omyłki Odwołującego.

Odwołujący wskazał następnie, że zgodnie z art. 45 ust. 2 i 3 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium, które wnosi się przed upływem terminu składania ofert. W przepisach Pzp wadium nie zostało zdefiniowane, ustawa określa jedynie formy jego wnoszenia, w związku z tym „przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym (por. art. 704 Kc) (T. Czajkowski [red.] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 3., Warszawa 2007). Istotą wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest więc umożliwienie zamawiającemu zaspokojenie się z niego w ściśle wskazanych okolicznościach w art. 46 ust, 4a i 5 Pzp, tj.:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- 2) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 3) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że wskazane sytuacje następują więc na późniejszym etapie postępowania, po zbadaniu przez zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu lub w okolicznościach niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, do których należą (...) utrata przez niego uprawnień do wykonywania prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy, (...) brak uprawnień, pozwoleń czy certyfikatów, do uzyskania których przed podpisaniem umowy zobowiązał się wykonawca w złożonej ofercie ” (J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, 12. Wydanie, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013).

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, Odwołujący stwierdził, że na etapie, w którym zamawiający nie dysponował oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej, żadna z okoliczności objętych art. 46 ust. 4a i 5 Pzp nie ziściła się i nie mogła się ziścić. Należy bowiem odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia, przy czym dla oceny, czy wadium zostało wniesione prawidłowo, nie mają znaczenia postanowienia SIWZ, a jedynie skutek, jakim jest możliwość skorzystania z wadium przez Zamawiającego. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr PO/00659206/2015 z dnia 17 sierpnia 2015 r. Generali Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie nie wynika konieczność przedstawienia jej oryginału w celu wypłaty Beneficjentowi („Zamawiającemu”) sumy gwarancyjnej.

Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę cel, dla jakiego wnosi się wadium, to jego oryginał dokumentu wadialnego został doręczony Zamawiającemu dnia 20 sierpnia 2015 r. w godzinach porannych, a więc jeszcze przed terminem ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej (co nastąpiło 21 sierpnia 2015 r.). W kontekście powyższych uwag należy jednak zauważyć, że w niniejszej sprawie ryzyko zwrotu gwarancji nie ziściło się i nie mogło się ziścić. Wykonawca, po uświadomieniu sobie omyłki w postaci przedłożenia Zamawiającemu kopii gwarancji, niezwłocznie przedłożył Zamawiającemu jej oryginał, odpowiadający treści kopii. Omyłka ta nie mogła mieć w tym przypadku jakiegokolwiek wpływu na przebieg postępowania. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej, *„odwołujące się konsorcjum podnosiło, że postanowienia pkt 12 ust. 2 ppkt 2 lit. g siwz są bezskuteczne dla oceny przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (obecnie: art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp – przyp. A.S.-S.), albowiem niezależnie, czy zastosował się on do siwz dotyczących wadium, czy też nie, to i tak wadium skutecznie zostało wniesione, a to wyłącza możliwość jego wykluczenia z postępowania. Zespół orzekający Krajowej Izby Odwoławczej słusznie zauważył, że wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z siwz w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta, należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp następuje tylko wtedy, gdy nie wniósł on wadium. Niewniesienie wadium oznacza brak*

zabezpieczenia oferty, czyli sytuację, w której wadium zostało wniesione w sposób uniemożliwiający zamawiającemu zaspokojenie się z kwoty wadium przez cały okres związania ofertą i w wysokości określonej w siwz przez zamawiającego. Nie każda niezgodność wadium co do warunków formalnych jego wypłaty oznacza niezgodność z siwz. W tej konkretnej sprawie pomimo niezgodności z siwz wadium gwarantuje zamawiającemu pełne zaspokojenie jego roszczeń zarówno co do ich maksymalnego zakresu, jak również co do bezwarunkowej ich realizacji” (wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09).

Odwołujący wskazał, że dostarczenie kopii gwarancji ubezpieczeniowej potwierdzającej wniesienie wadium nie może stanowić przyczyny wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Argumentowano następnie, że list gwarancyjny (także gwarancja ubezpieczeniowa) powinien być kwalifikowany jako „znak legitymacyjny” w rozumieniu art. 921 Kodeksu cywilnego (tak W. Adamczyk, Wystarczy kserokopia, czy konieczny oryginał - wadium w formie gwarancji bankowej, PZP 2006, Nr 3, s. 39), stanowiący tylko dowód przysługiwania uprawnień. Odwołujący podkreślił, że warunkiem do jego zrealizowania nie jest natomiast konieczne dysponowanie znakiem legitymacyjnym, tj. fizyczne posiadanie gwarancji, co znajduje odzwierciedlenie w § 5 ust. 1 przedmiotowej gwarancji. Zgodnie z tym postanowieniem, warunkiem uzyskania sumy gwarancyjnej przez beneficjenta (tu: Zamawiającego) jest złożenie przez niego odpowiedniego oświadczenia, nie zaś dołączenie dokumentu gwarancji.

Odwołujący podał, że na podobnym stanowisku stanęła KIO w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. KIO/UZP/1367/08, stwierdzając, że „załączenie kopii gwarancji do oferty nie może stanowić przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na podstawie przepisu art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (obecnie: art 24 ust. 2 pkt 2 Pzp - przyp. A.S.-S.), gdyż w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium, wystąpił jedynie błąd, co do formy dokumentu potwierdzającego fakt jego wniesienia. Biorąc jednakże pod uwagę fakt, że Zamawiający miał świadomość, że oryginał takiej gwarancji istnieje, zdaniem Izby nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Podobne okoliczności, były również przedmiotem rozpoznania przez Zespół Arbitrów, wyrok z dnia 1 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-J976/05, gdzie skład orzekający stwierdził, że «Dołączenie kopii gwarancji bankowej poświadczonej za zgodność jest wystarczające dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla dochodzenia bowiem roszczeń wynikających z gwarancji bankowej niezbędne jest, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek zapisów ograniczających zakres odpowiedzialności gwaranta» ” (wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/1367/08).

Odwołujący wskazał następnie, że biorąc pod uwagę powyższe, faktem bezspornym i oczywistym jest, że wadium w chwili składania oferty było i jest dalej zabezpieczone gwarancją, obowiązuje ona bowiem od dnia 18 sierpnia 2015 r. (czyli przed upływem dnia składania ofert) do dnia 18 września 2015 r., a jej treść zapewniała i zapewnia zabezpieczenie interesu zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium zdefiniowanych w PZP i to od momentu składania ofert (vide § 5 gwarancji).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł m.in., że dostarczenie kopii gwarancji ubezpieczeniowej potwierdzającej wniesienie wadium stanowić może przyczynę wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Podstawową przesłanką ku temu jest brak złożenia przez Odwołującego oryginału gwarancji ubezpieczeniowej – wadium przed upływem terminu składania ofert. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, jako wadium, kwestia złożenia oryginału gwarancji ma istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów zamawiającego – bez oryginału gwarancji wykluczone są możliwości dochodzenia przez Zamawiającego wypłaty sumy gwarancji przez Towarzystwo Ubezpieczeń. Wskazano także, że w pkt 12 SIWZ Zamawiający zażądał, by do oferty załączony został oryginał dokumentu potwierdzający wniesienia wadium w innej formie niż w pieniądzu. Ponadto argumentowano, że obowiązek wniesienia wadium jest spełniony wówczas, gdy na dzień i godzinę złożenia ofert zamawiający może stwierdzić, że wadium zostało wniesione w formie wskazanej przez zamawiającego. Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione w chwili otwarcia ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w formach niepieniężnych fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu przetargowym, Odwołujący przedłożył zaś kopię gwarancji potwierdzoną za zgodność z oryginałem. W treści przedłożonej kopii wskazano zaś, że wygasa ona „*w razie zwrotu oryginału dokumentu gwarancji gwarantowi*”. Złożenie przez Odwołującego w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji uwzględniającej treść przywołanej przesłanki nie może być uważane za skuteczne wniesienie wadium. Zatem, jeżeli Zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła na skutek jej zwrotu. Teoretycznie zatem istnieje możliwość skorzystania przez zamawiającego z gwarancji, którą nie dysponuje w oryginale, ale tylko o tyle o ile wykonawca nie zwrócił jej do ubezpieczyciela. Taka sytuacja jest hipotetyczna, jednak zaistnienie jej jest możliwe, w konsekwencji czego, wobec postanowienia zawartego w gwarancji, Zamawiający nie miał pewności, czy wadium zostało wniesione. Pewność tą zyskałby tylko wówczas, gdyby przekazano mu w terminie oryginał gwarancji. Podniesiono także, że z treści dokumentu nie sposób wywodzić, że zwrotu gwarancji może dokonać wyłącznie beneficjent.

Zamawiający podniósł również, że gwarancja ubezpieczeniowa musi być złożona przed upływem terminu składania ofert, w formie oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 Kc w zw. z art. 14 Pzp, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego. Brak złożenia oryginału gwarancji oznacza, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli zamawiający nie dysponuje w wymaganym terminie ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta, co do zapłaty kwoty wadium, to wykonanie uprawnień zamawiającego mogłoby okazać się niemożliwe i niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie.

Zamawiający, dla poparcia swojego stanowiska odwołał się do poglądów zawartych w wyrokach KIO z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt KIO 2090/12, 2121/12; z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 959/10, z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1544/11 oraz KIO 357/14, KIO 363/14, KIO 366/14.

Końcowo Zamawiający wskazał, że w świetle przytoczonego orzecznictwa nie jest istotne czy gwarancja wniesienia wadium istotnie została udzielona, lecz to, czy z przedłożonych dokumentów da się wyprowadzić taki wniosek. Uzasadnione wątpliwości w tym względzie muszą skutkować wykluczeniem oferenta na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający wskazał także, że w świetle powyższego nie ma też znaczenia późniejsze (po otwarciu ofert) dostarczenie dokumentu gwarancji w oryginale.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa, 2) Zakład Remontowo Budowlany „ULBUD” G. S., ul. Botaniczna 26/16, 42-200 Częstochowa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska i argumentację.

Przystępujący podniósł m.in., że wadium nie jest treścią oferty, nie jest też dokumentem z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Wobec przedmiotowego dokumentu nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 26 ust 3 i 4, art. 87 ust 1 i 2 Pzp. Odpada tym samym argumentacja Odwołującego, że doszło tu do omyłki, omyłka ta nie mogła być naprawiona. Zakwestionowano twierdzenia Odwołującego, że bez oryginału Zamawiający miał zabezpieczenie. Podkreślono także, że Zamawiający nie oceniał oferty Odwołującego, w tym nie oceniał przesłanek z art. 46 Pzp i odwoływanie się do tego

przepisu jest chybione. Argumentowo ponadto, że Odwołujący pominął art. 36 ust 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym to zamawiający określa wymogi dotyczące wadium. W niniejszej sprawie przedmiotowe wymogi zostały wskazane w pkt 12 SIWZ. Odnośnie treści gwarancji wskazano, że jej § 5 mówi jedynie o formie zwrócenia się do ubezpieczyciela, są też w jej treści przesłanki materialne zawarte w § 3 pkt 1 oraz § 4. Wskazano, że w tej sprawie Zamawiający ponadto nadal nie posiada oryginału gwarancji, gdyż dokument ten został zwrócony wykonawcy. Hipotetycznie więc gdyby Zamawiający miał teraz badać ofertę Odwołującego, odwołujący miałby zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów i uchybił temu to oczywiste, że Zamawiający nie mógłby zaspokoić się z wadium. Wskazano także na § 6 gwarancji z którego wynika, że obrocie prawnym jest tylko jeden taki dokument. Podkreślono także, że § 3 i 4 gwarancji przesadzają, że brak posiadania oryginału nie zabezpiecza w żaden sposób interesu Zamawiającego, tylko posiadanie oryginału jest podstawą do wystąpienia z żądaniem, a zwrot powoduje jej wygaśnięcie. Przystępujący wskazał także na rozkład ciężaru dowodowego, stwierdzając m.in., że Odwołujący nie udowodnił, że można wystąpić z roszczeniem na podstawie samej kopii.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie pozostawał sporny.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane. Przedmiotem zamówienia jest kontynuacja i zakończenie robót na zadaniu pn.: „Budowa przedszkola trzyoddziałowego wraz z zagospodarowaniem terenu w Wancerzowie”.

W pkt 12 SIWZ – Wadium – Zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców wniesienia wadium w kwocie 30.000,00 zł. Wadium może być wniesione w terminie do 18 sierpnia 2015 r., godz. 10:00. W kwestii formy wadium Zamawiający przytoczył brzmienie art. 45 ust. 6 Pzp. Zamawiający wskazał także, że oryginał dokumentu potwierdzający wniesienie wadium w innej formie niż w pieniądzu należy załączyć do oferty. Ponadto, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca, który nie wniesie wadium na zasadach określonych w SIWZ zostanie wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W pkt 14 SIWZ – Składanie ofert – Zamawiający wskazał, że ofertę należy złożyć do dnia 18 sierpnia 2015 r., do godz. 10:00.

Odwołujący przy ofercie złożyć kopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W § 3 ww. dokumentu zastrzeżono, że: „Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 18.08.2015 r. do dnia 18.09.2015 r. i wygasa automatycznie w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek z poniższych zdarzeń:

- 1) oryginał gwarancji zostanie zwrócony przed upływem jej ważności,
- 2) Beneficjent zwolni wykonawcę lub Gwaranta ze zobowiązania zabezpieczonego Gwarancją,
- 3) Suma Gwarancyjna zostanie wyczerpana,
- 4) Wykonawca wycofa ofertę przed upływem terminu do składania ofert,
- 5) Wykonawca zawrze umowę o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy Gwarancja i wniesie wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia.”

Zgodnie z § 4 ww. dokumentu: „Podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest wyłącznie oryginał Gwarancji”.

Zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 ww. dokumentu:

- „1. Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości Sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne wezwanie do zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 14 dni od dnia złożenia tego wezwania lub w terminie określonym w SIWZ i wskazanym w wezwaniu do zapłaty, jeżeli taki termin został określony w SIWZ. Pisemne wezwanie do zapłaty musi być doręczone na adres siedziby Generali T.U. S.A. w Warszawie, przy ul. Postępu 15b.
2. Wezwanie do zapłaty z Gwarancji winno zawierać oświadczenie, iż:
 - 1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub
 - 2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub

- 3) *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub*
- 4) *Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 poz. 907, z późn. zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”*

W § 6 pkt 1 ww. dokumentu wskazano, że gwarancja została sporządzona w jednym egzemplarzu.

W dniu 20 sierpnia 2015 r., Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, że składa oryginał gwarancji ubezpieczeniowej oraz poinformował m.in., że spółka w skutek oczywistej omyłki, jako potwierdzenie wniesienia wadium zgodnie z odpowiednimi zapisami SIWZ, załączyła kopię gwarancji ubezpieczeniowej poświadczoną za zgodność z oryginałem zamiast oryginalnej formy przedmiotowego dokumentu. Powyższe działanie zostało spowodowane oczywistą omyłką podczas załączania dokumentów do oferty złożonej przez Spółkę. Wykonawca podniósł przy tym, że powyższe w żaden sposób nie wpływa na przebieg procedury przetargowej, w tym na wybór najkorzystniejszej oferty oraz nie warunkuje w żaden sposób wysokości, ani treści oferty złożonej przez Spółkę. Wskazano jednocześnie, że dostarczenie kopii gwarancji ubezpieczeniowej potwierdzającej wniesienie wadium nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty wykonawcy. Przywołano przy tym orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1999 r., sygn. akt II CKN 402/98, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/01976/05, wyrok z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1367/08. Końcowo, wskazano w piśmie, że faktem bezspornym i oczywistym jest, że wadium w chwili składania ofert było i jest dalej zabezpieczone gwarancją, a jej treść zapewnia zabezpieczenie interesu zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium zdefiniowanych w ustawie Pzp.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wskazano, że wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Przytoczono pkt 12 SIWZ, wskazując na fakt, że wykonawca załączył do oferty kserokopię gwarancji potwierdzoną za zgodność. Ponadto wskazano, że z treści kserokopii gwarancji wynika, że traci ona ważność między innymi w przypadku zwrotu oryginału gwarancji przed upływem jej ważności (§ 3 pkt 1 gwarancji) oraz,

że podstawą do wystąpienia z roszczeniem o zapłatę jest wyłącznie oryginał gwarancji (§ 4 gwarancji). Wobec powyższego, Zamawiający uznał, że złożenie przez wykonawcę w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji uwzględniając treść przywołanej przesłanki wygaśnięcia gwarancji, nie może być uważana za skuteczne wniesienie wadium. Zamawiający nie miał bowiem pewności, co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert nie został zwrócony wystawcy, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała zabezpieczona wadium. W konsekwencji Zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego jest prawidłowa i nie sposób przypisać działaniom Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W okolicznościach i stanie faktycznym niniejszej sprawy należało uznać, że Odwołujący nie wniósł wadium w wymaganym terminie, co musiało skutkować jego wykluczeniem z postępowania. Izba podzieliła argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, przyjmując ją za własną. Dodatkowo, Izba wskazuje na następujące motywy swojego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Formy wnoszenia wadium określa art. 45 ust. 6 Pzp, w myśl którego wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.). Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (art. 45 ust. 7 Pzp).

W ocenie składu orzekającego Izby, niezależnie od formy, jaką wykonawca wybierze dla wniesienia wadium, to oczywistym jest, że „władztwo” nad tym wadium musi do określonego momentu przejść ostatecznie z wykonawcy na zamawiającego. W przypadku wadium pieniężnego – pieniądze muszą zostać wpłacone na rachunek bankowy, w przypadku innych form – dany dokument (w niniejszej sprawie dokument gwarancji ubezpieczeniowej) musi zostać złożony zamawiającemu. Dokument jest bowiem nośnikiem wadium, ponadto wielokrotnie – tak jak w sprawie niniejszej – posiadanie tego dokumentu (oryginału) stanowi warunek *sine qua non* skuteczności zabezpieczenia i możliwości wystąpienia o zapłatę. Wówczas dochodzi do „wniesienia” wadium. Nie można zgodzić się z argumentami, że dla „wniesienia” wadium wystarczające jest samo ustanowienie wadium/ustanowienie zabezpieczenia. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi o „nie wniesieniu” wadium, a nie o „nie ustanowieniu” wadium. Ustawodawca położył nacisk

właśnie na konieczność wniesienia wadium zamawiającemu, tak by podmiot ten dysponował w sposób niezagrożony, w określonym czasie, „władztwem” nad wadium (władztwem nad pieniędzmi wykonawcy lub innymi formami, o których mowa w art. 45 ust. 6 Pzp). „Władztwo” to niewątpliwie pozwala bowiem zamawiającemu na zrealizowanie uprawnień związanych z instytucją wadium, jest więc ono elementem gwarantującym zachowanie istoty tej instytucji. Ponadto samo ustanowienie wadium może nie stanowić wystarczającego zabezpieczenia, gdyż właśnie dopiero posiadanie dokumentu, będącego nośnikiem wadium, dowodem jego istnienia i warunkiem wystąpienia z żądaniem zapłaty, może warunkować zarówno samo istnienie wadium, eliminować możliwość jego wygaśnięcia wskutek okoliczności niezależnych od zamawiającego, jak również warunkować możliwość skutecznego dochodzenia zaspokojenia z wadium. Wykonawca korzystający z niepieniężnych form wadium musi więc łącznie ustanowić to zabezpieczenie oraz wnieść je zamawiającemu. W przypadku formy pieniężnej ustanowienie i wniesienie wadium dokonuje się poprzez przelew określonej kwoty na rachunek bankowy zamawiającego.

Następnie, racjonalnym podejściem do oceny skuteczności wniesienia wadium w danym postępowaniu jest uczynienie punktem wyjścia dla tej oceny założenia, że formy inne niż wadium pieniężne muszą dawać zamawiającemu taką samą pewność, co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje zamawiającemu wadium pieniężne, a więc fakt przelania na wskazany przez zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. Formy wadium wskazane w art. 45 ust. 6 Pzp, należy uznać za równoważne do wadium pieniężnego – tak więc każda z nich musi dawać zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy na rachunek zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż w takiej sytuacji, gdy zamawiający ma „władztwo” nad określoną sumą pieniężną, gdyż ta znajduje się na jego rachunku bankowym, żadne zdarzenia zewnętrzne, niezależne od woli i działań zamawiającego, nie mogą zagrozić czy pozbawić wadium jego skuteczności i bezwarunkowości. Taki sam stan rzeczy musi istnieć w przypadku innych, niepieniężnych form wadium.

Dla oceny wniesienia wadium równie istotne jak powyższe rozważania, są wnioski, jakie wynikają z treści specyfikacji oraz z treści dokumentu wadialnego odniesionej do wymogów specyfikacji danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie Zamawiający wymagał wniesienia oryginału dokumentu, w sytuacji, gdy wadium nie było wnoszone w pieniądzu. Jednocześnie w treści specyfikacji Zamawiający poczynił zastrzeżenie, że uchybienie temu obowiązkowi skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy (Zamawiający jedynie błędnie podał w treści SIWZ art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zamiast art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, co nie zmienia istoty wymogu, jak i istoty i jasności sankcji zastrzeżonej w przypadku jego nie spełnienia).

Odwołujący uchybił obowiązkowi złożenia oryginału dokumentu – w istocie nie wniósł tym samym wymaganego wadium.

W niniejszej sprawie, treść gwarancji ubezpieczeniowej stanowiła o tym, że funkcjonuje ona w obrocie prawnym w jednym tylko egzemplarzu – egzemplarz ten pozostał na moment składania ofert przy Odwołującym. Już chociażby z tego względu nie można mówić o tym, by nastąpiło w tym przypadku wniesienie wadium.

Co jednak bardziej istotne, to treść gwarancji wadialnej, przesądza o tym, że jedynie posiadanie oryginału dokumentu gwarantowało możliwość zaspokojenia się z gwarancji, jak również, niczym nie zagrożone, istnienie samego zabezpieczenia.

Zasadnie wskazał Zamawiający, że przy zapisie mówiącym o tym, że gwarancja wygasa automatycznie w przypadku zwrotu jej oryginału (§ 3 pkt 1), nie posiadając na moment składania ofert, oryginału tego dokumentu, nie mógł mieć pewności, co do istnienia zabezpieczenia. Z treści gwarancji nie wynika przy tym, że zwrot oryginału mógłby nastąpić jedynie przez beneficjenta gwarancji, a więc Zamawiającego. Sytuacji objętej § 3 pkt 1 nie zawężono jedynie do działania Beneficjenta (tak, jak przykładowo w § 3 pkt 2, czy w § 3 pkt 4 i 5, gdzie wskazano z kolei na działania wykonawcy). W świetle zapisu czyniącego istotnym sam fakt zwrotu gwarancji (a nie fakt zwrotu gwarancji jedynie przez określony podmiot - Beneficjenta) wygaśnięcie gwarancji mógłby spowodować także zwrot gwarancji przez wykonawcę. Następnie, Izba nie uznała za zasadne postrzeganie możliwości zaspokojenia się z gwarancji jedynie przez pryzmat wymogów zawartych w § 5 gwarancji. Słusznie wskazywał Przystępujący, że paragraf ten zawiera w istocie wytyczne o charakterze formalnym. Możliwość zastosowania § 5 warunkowana jest natomiast spełnieniem warunku zawartego w § 4 gwarancji. Przepisy te należy więc postrzegać łącznie, a nie w oderwaniu od siebie. W myśl zaś § 4 gwarancji, podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest wyłącznie oryginał gwarancji. Bez posiadania tego oryginału Zamawiający nie mógłby więc nawet przystąpić do działań przewidzianych w § 5. Nie miałby bowiem samej podstawy do występowania z roszczeniem, a więc nie miałby podstawy do występowania z żądaniem w sposób i w formie, określonej w § 5.

W niniejszej sprawie Zamawiający na chwilę, do której winno nastąpić wniesienie wadium, nie dysponował zatem ani dokumentem, który legitymowałby go do żądania zapłaty (dokumentem, który był jedynym nośnikiem wadium), ani nie mógł mieć pewności, co do istnienia wadium – gdyż jego wygaśnięcie mogło nastąpić poprzez zwrot oryginału gwarancji, na co Zamawiający – nie będąc w posiadaniu oryginału – nie miał w istocie wpływu. Nie jest przy tym przesądzające, że sytuacja ta miała charakter hipotetyczny. Nie sposób więc uznawać, by Zamawiającemu zostało wniesione wadium. Wniesienie wadium, czy to w postaci niepieniężnej, w tym przypadku w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy tak jak chociażby przy wadium pieniężnym, musi być definitywne i bezsporne. Fakt dysponowania

wadium i możliwość zaspokojenia się z wadium nie może budzić żadnych wątpliwości, ani sporów i nawet hipotetyczne zdarzenia – pozostające poza wolą i działaniami zamawiającego, przykładowo możliwość zwrotu oryginału gwarancji, którą dysponuje wykonawca, gdy to właśnie oryginał jest wyłącznie podstawą wystąpienia z żądaniem zapłaty, a dodatkowo zwrot wadium skutkuje wygaśnięciem gwarancji – nie mogą rodzić chociażby zagrożenia, że zabezpieczenie przestanie istnieć, a zamawiający nie będzie mógł się z tego źródła ewentualnie zaspokoić. Stan ten musi istnieć najpóźniej na moment składania oferty. W tej sprawie było przeciwnie. Późniejsze zaś działania wykonawcy pozostają, w świetle granicy czasowej wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bez znaczenia. Przyjmując argumentację Odwołującego należałoby przykładowo dopuścić sytuację, w której w przypadku wadium pieniężnego kwota wadium zostałaby przelana na rachunek zamawiającego nie do upływu terminu składania ofert, lecz dwa dni później. W niniejszej sprawie wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało bowiem złożone *de facto* w dniu 20 sierpnia 2015 r., dwa dni po upływie terminu składania ofert. Dopiero w tym dniu Zamawiający uzyskał pewność, co do tego, że wadium nie wygasło, jak również uzyskał dokument będący jedynym nośnikiem wadium, legitymującym go do ewentualnego żądania zapłaty. Stan ten powinien zaś zaistnieć najpóźniej na moment upływu terminu do składania ofert. Dopuszczając tego rodzaju dowolność i możliwość konwalidowania uchybień związanych z wniesieniem wadium w przypadku, gdy przybiera ono postać niepieniężną – sprowadzającą się w istocie do wniesienia wadium w terminie późniejszym, niż określony przepisem prawa – tożsame podejście należałoby przyjąć w przypadku formy pieniężnej. Nie ulega zaś wątpliwości Izby, że powyższe byłoby działaniem *contra legem* i to niezależnie od wybranej przez wykonawcę formy wadium.

Należy także wskazać w tym miejscu na pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 23 września 2014 r., sygn. akt KIO 1883/14, zgodnie z którym: *„Brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje wnoszenie wadium przed upływem terminu składania ofert. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”*.

Końcowo, należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnych dowodów dla poparcia swoich twierdzeń, w tym nie udowodnił, że zwrotu gwarancji, skutkującego jej wygaśnięciem, mógł dokonać jedynie beneficjent, ani tego, że Zamawiający miał podstawy

do zaspokojenia się z gwarancji nawet, gdyby nie posiadał oryginału dokumentu. Nie udowodniono więc, że na moment, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Zamawiającemu wniesiono skutecznie wadium. Odwołujący popełnił błąd na etapie kompletowania oferty i zamiast uznać ten fakt wywołał spór nie mając za sobą ani przekonujących i przesądających argumentów natury prawnej, ani faktycznej, jak również nie przedstawiając dowodów dla poparcia swojego stanowiska i argumentacji.

Zamawiający jedynie błędnie podał w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tej sprawie podstawą uznania oferty za odrzuconą był bowiem art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Okoliczność powyższa nie miała jednak znaczenia dla oceny kwestionowanych czynności Zamawiającego, i uznania przez Izbę ich zasadności, ani nie miała, jak również nie mogła mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnośnie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy wskazać, że przepis ten nakłada obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu na ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Niniejsze postępowanie nie jest zaś prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego. Wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp było więc niewłaściwe, wystarczającym zaś było natomiast wskazanie art. 24 ust. 4 Pzp. Jak wskazano wcześniej, okoliczność powyższa nie mogła jednak stanowić argumentu na rzecz uwzględnienia odwołania i orzeczenia zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: