

Sygn. akt KIO/UZP 819/10

KIO/UZP 820/10

KIO/UZP 833/10

WYROK

z dnia 25 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

 Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk,

Energopol Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin,

**Van Oord Dredging And Marine Contractors B.V. Watermanweg 64
3067GG Rotterdam, Holandia,**

**Van Oord Nederland B.V. 4207HN Jan Blakenweg 2, 4207HN
Gorinchem, Holandia,**

**B. Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG Hauptkanal Links
88, D-26871 Papenburg, Niemcy**

**C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,
Dredging International N.V. Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070
Zwijndrecht, Belgia**

odwołań, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Urząd Morski w Słupsku Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk

protestów z dnia 9 kwietnia 2010 r.

przy udziale:

**A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Moebius-Bau Polska Sp. z o.o. ul. Mieszka I 31, 71-011 Szczecin; Josef
Möbius Bau-Aktiengesellschaft Brandstücken 18, D-22549 Hamburg,
Niemcy; Hydrotechnika-Colcrete-von Essen Sp. z o.o. ul. Ludowa 7-8,
71-700 Szczecin; Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG Am Waldrand 9c,
D-26180 Rastede, Niemcy** zgłaszających swoje przystąpienie do
postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 819/10, KIO/UZP 820/10
i KIO/UZP 833/10 po stronie Zamawiającego,

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk;
Energopol Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin;
Van Oord Dredging And Marine Contractors B.V. Watermanweg 64
3067GG Rotterdam, Holandia; Van Oord Nederland B.V. 4207HN Jan
Blakenweg 2, 4207HN Gorinchem, Holandia,** zgłaszających swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 833/10
po stronie Odwołującego,

**C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa; Dredging
International N.V. Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht,
Belgia** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego
o sygn. akt KIO/UZP 819/10 po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 819/10,**
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 820/10,**
- 3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 833/10,**
- 4. kosztami postępowania obciąża Odwołujących i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołujących, w tym:
 - A. **1 481 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; Energopol Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin; Van Oord Dredging And Marine Contractors B.V. Watermanweg 64 3067GG Rotterdam, Holandia; Van Oord Nederland B.V. 4207HN Jan Blakenweg 2, 4207HN Gorinchem, Holandia,**
 - B. **1 481 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG Hauptkanal Links 88, D-26871 Papenburg, Niemcy,**
 - C. **1 481 zł 34 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, Dredging International N.V. Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgia,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **1 656 zł 07 gr** (słownie: tysiąc sześćset pięćdziesiąt sześć złotych siedem groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Gdańsk**

S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; Energopol Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin; Van Oord Dredging And Marine Contractors B.V. Watermanweg 64 3067GG Rotterdam, Holandia; Van Oord Nederland B.V. 4207HN Jan Blakenweg 2, 4207HN Gorinchem, Holandia na rzecz **Urzędu Morskiego w Słupsku Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **1 656 zł 07 gr** (słownie: tysiąc sześćset pięćdziesiąt sześć złotych siedem groszy) przez **Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG Hauptkanal Links 88, D-26871 Papenburg, Niemcy** na rzecz **Urzędu Morskiego w Słupsku Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) dokonać wpłaty kwoty **1 481 zł 34 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) przez **Urząd Morski w Słupsku Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, Dredging International N.V. Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 5) dokonać zwrotu kwoty **55 556 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwoływających w tym:
 - A. **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk; Energopol Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin; Van Oord Dredging And Marine Contractors**

B.V. Watermanweg 64 3067GG Rotterdam, Holandia; Van Oord Nederland B.V. 4207HN Jan Blakenweg 2, 4207HN Gorinchem, Holandia,

B. **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG Hauptkanal Links 88, D-26871 Papenburg, Niemcy,**

C. **18 518 zł 66 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, Dredging International N.V. Haven 1025, Scheldedijk 30, B-2070 Zwijndrecht, Belgia.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbudowę i rozbudowę umocnień brzegu morskiego Kołobrzegu, km 330,4-333,4” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2009 r. w Dz.Urz.UE pod numerem 2009/S 247-353861, ogłoszenie było zmieniane. Wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”.

31 marca 2010 r. wykonawcy otrzymali informację o wyniku postępowania. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. zwanego dalej „Johann Bunte”, kolejne miejsca w rankingu zajęli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Moebius-Bau Polska Sp. z o.o., Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft, Hydrotechnika-Colcrete-von Essen Sp. z o.o., Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG., zwani dalej „konsorcjum Moebius”, trzecie miejsce wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Hydrobudowa Gdańsk S.A., Energopol Szczecin S.A., Van Oord Dredging

And Marine Contractors B.V., Van Oord Nederland B.V zwani dalej „konsorcjum Hydrobudowa” i czwarte wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Dredging International N.V., zwani dalej „konsorcjum Warbud”.

9 kwietnia 2010 r. protesty wnieśli: konsorcjum Hydrobudowa, konsorcjum Moebius i konsorcjum Warbud. Zamawiający rozstrzygnął wszystkie protesty 20 kwietnia 2010 r., od tego rozstrzygnięcia 30 kwietnia 2010 r. zostały wniesione odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z rozdziałem 8. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

„8.1.2.1. dysponują lub będą dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym: - kierownikiem budowy uprawnionym do nadzorowania i prowadzenia robót bez ograniczeń lub do prowadzenia i nadzorowania robót hydrotechnicznych, posiadającym minimum 5-letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót hydrotechnicznych (...),

8.1.2.2. wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- dwa zasilenia brzegu morskiego – refulacji o kubaturze robót co najmniej 300 000 m³ każda;

- trzy budowle hydrotechniczne liniowe ochrony brzegu morskiego o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł każda; przez budowle hydrotechniczne liniowe ochrony brzegu morskiego Zamawiający rozumie: konstrukcję progów podwodnych, wały przeciwsztormowe, opaski brzegowe, brzegowe falochrony wyspowe lub falochrony stałe;

- dwie roboty kafarowe w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, o długości nie mniejszej niż 10,00 m każda budowla (minimum 100 sztuk pali w jednym zadaniu); za pal uważa się element konstrukcyjny żelbetowy, stalowy lub drewniany również będący częścią fundamentu pośredniego lub stalowej ścianki szczelnej;

8.1.2.3. dysponują lub będą dysponowali następującym sprzętem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia:- pogłębiarką ssąco –

–refulującą nasiębierną o wydajności min. 5000 m³ na dobę lub zespołem pogłębiarek, które gwarantują łącznie wydajność min. 5000 m³ na dobę. Pogłębiarka lub zespół pogłębiarek muszą posiadać możliwość czerpania gruntu z głębokości nie mniejszej niż 20 m, której układ pompowy umożliwia hydrotransport na odległość nie mniejszą niż 2 km; sprzęt musi posiadać wszelkie dopuszczenia wymagane prawem dla ruchu jednostek pływających po wodach morskich otwartych, które na dodatkowe żądanie Zamawiającego wykonawca będzie miał obowiązek przedłożyć do wglądu.”

Odwołanie KIO/UZP 820/10

Odwołujący – Johann Bunte zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujące art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 i art. 46 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że przedłożona przez Odwołującego gwarancja bankowa zapłaty wadium jest wadliwa i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego oraz art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uwzględnienie protestu, w tym przez uwzględnienie protestu na podstawie okoliczności, które nie zostały zgłoszone w proteście.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego z 20 kwietnia 2010 r. polegającej na uwzględnieniu protestu konsorcjum Moebius, nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności polegającej na rozstrzygnięciu protestu poprzez odrzucenie lub ewentualnie oddalenie protestu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że konsorcjum Moebius złożyło protest wobec czynności Zamawiającego, zarzucając mu: dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego pod kątem wymaganych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który powinien być wykluczony.

Jednak, zdaniem Odwołującego protest został złożony przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania konsorcjum Moebius, gdyż do roeprezentowania konsorcjum Moebius, zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, wykonawcy ustanowili jako pełnomocnika osobę prawną Moebius Bau Polska sp. z o.o., z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw. Natomiast przedmiotowy protest został podpisany przez pana Michaela Welza, działającego jako prokurent, a tym samym, działając jako prokurent, nie był umocowany do wniesienia protestu w imieniu konsorcjum. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, co oznacza, że prokurent reprezentuje wyłącznie spółkę, dla której jest ustanowiony, nie jest zaś uprawniony do reprezentowania konsorcjum, którego liderem jest dana spółka. Zatem dla skuteczności podejmowanych działań pan Michael Welz powinien legitymować się pełnomocnictwem substytucyjnym udzielonym przez Moebius Bau Polska sp. z o.o. lub pełnomocnictwem udzielonym mu bezpośrednio przez wszystkich konsorcjantów.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie złożył wadium przewidzianego w pkt. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem złożona jako wadium gwarancja bankowa została wystawiona z datą obowiązywania od 25 lutego 2010 r. do 26 maja 2010 r., co w ocenie Zamawiającego oznacza, że w dniu otwarcia ofert, tj. 24 lutego 2010 r. oferta złożona przez Odwołującego nie była skutecznie zabezpieczona, a tym samym podlegała odrzuceniu.

Okoliczność dotycząca złożenia wadium z datą obowiązywania od 25 lutego 2010 r. nie została podniesiona w proteście, niedopuszczalne zatem jest rozstrzygnięcie przez Zamawiającego tej kwestii poprzez „uwzględnienie protestu”, które może nastąpić wyłącznie na podstawie okoliczności zgłoszonych w tym proteście.

Niezależnie od powyższego rozstrzygnięcie Zamawiającego jest błędne także z przyczyn merytorycznych. Zamawiający podniósł, że wadium nie zabezpieczało roszczeń Zamawiającego, gdyż w treści gwarancji zawarto zapis, iż jest ona ważna od 25 lutego 2010 r., a specyfikacja istotnych warunków zamówienia zobowiązywała wykonawców do złożenia wadium przed upływem terminu składania ofert.

Gwarancja bankowa jest umową pomiędzy bankiem – gwarantem, a beneficjentem gwarancji na podstawie której bank zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniędzy na rzecz beneficjenta, który zobowiązanie banku przyjmuje. Bank nie zobowiązuje się więc do złożenia wadium, a zobowiązanie gwaranta ma charakter samodzielny i wyraża się w zobowiązaniu zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta, a nie w obowiązku świadczenia „zamiast” zobowiązanego. Wskazanie w treści gwarancji dat obowiązywania gwarancji oznacza jedynie okres, w którym bank ma obowiązek spełnić świadczenie. Samo złożenie podpisu przez bank pod dokumentem gwarancji i przyjęcie tego dokumentu przez beneficjenta oznacza, że bank nie może swojego oświadczenia cofnąć i jest nim związany, zaś gwarancja zaczyna obowiązywać na skutek zawarcia umowy pomiędzy bankiem, a beneficjentem gwarancji. Zamawiający nie rozróżnia dwóch odrębnych czynności prawnych: udzielenia gwarancji przez bank i złożenia wadium przez Odwołującego.

Odwołujący zobowiązany był przedłożyć dokument gwarancji przed 24 lutego 2010 r. i dokument gwarancji został złożony przed tą datą, zaś Zamawiający mógł zgłosić na jego podstawie roszczenie o zapłatę do 26 maja 2010 r., a więc dzień dłużej niż wynosił termin związania ofertą.

Terminów wskazanych w gwarancji nie należy rozumieć tak, jak rozumie je Zamawiający – okres od 25 lutego 2010 r. do 26 maja 2010 r. oznacza jedynie termin, w którym bank jest zobowiązany do zrealizowania roszczenia beneficjenta. Roszczenie to mogło być zgłoszone przed datą 25 lutego 2010 r. zaś bank nie mógłby odmówić jego realizacji.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je wadliwie. Decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione jest ustalenie, czy dokument został prawidłowo wystawiony i czy dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. Dokument gwarancji został wystawiony przez podmiot uprawniony i od dnia jego złożenia objęte nim roszczenie mogło być skutecznie zgłoszone bankowi, który nie mógłby

odmówić spełnienia tego roszczenia, a wypłaty dokonałby najwcześniej 25 lutego 2010 r. Tym samym Odwołujący złożył wymagane wadium zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym wadium nie jest oferta, a zatem ewentualne niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego.

Zatem wadium złożone przez Odwołującego zabezpieczało skutecznie roszczenia Zamawiającego już przed datą 24 lutego 2010 r.

Odnosnie niezgodności pkt. 2b gwarancji bankowej ze specyfikacji istotnych warunków Zamawiający wskazał, iż treść gwarancji nie spełnia wymogu wskazanego w pkt 12.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z którym „z treści gwarancji musi wynikać bezwarunkowe i na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p”. Art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający ma prawo zatrzymania wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Gwarancja złożona przez Odwołującego zawiera sformułowanie, iż „bank zobowiązuje się bezwarunkowo, nieodwoalnie i na pierwsze żądanie zapłacić Zamawiającemu sumę 1 000 000,00 zł., jeżeli Odwołujący po wybraniu jego oferty nie złożył wymagalnego zabezpieczenia niezbędnego do wykonania umowy”. Zdaniem Zamawiającego sformułowanie „zabezpieczenie niezbędne do wykonania umowy” zamiast „zabezpieczenie należytego wykonania umowy” znacznie zawęży zobowiązanie wystawcy gwarancji, jednak jest to pogląd błędny ze względu na charakter prawny bezwarunkowej, nieodwoalnej i płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej. Uchwała Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93) mająca moc zasady prawnej przyjmuje, że bank udzielając gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwoalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego. Gwarancja ma charakter samoistny, nieakcesoryjny i kreuje

zobowiązanie abstrakcyjne. Takie zaostrożenie odpowiedzialności gwaranta oznacza, że gwarant nie może powoływać się na żadne warunki, od których zależeć miałyby spełnienie roszczenia wynikającego z gwarancji i oznacza, że obowiązek świadczenia powstaje w chwili, gdy zostanie on zawiadomiony o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Nawet w przypadku skierowania przez Zamawiającego do banku pisma, iż Odwołujący nie złożył „wymaganego zabezpieczenia niezbędnego do wykonania umowy” bank nie mógłby odmówić zapłaty. Roszczenie Zamawiającego było więc w pełni zabezpieczone, gdyż bank nie miałby obowiązku ani prawa badania, czy Odwołujący faktycznie nie spełnił ciążącego na nim zobowiązania. Niezależnie od powyższego należy mieć na uwadze treść art. 65 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przedłożona jako wadium gwarancja bankowa została sporządzona w języku niemieckim; w załączonym pierwotnie tłumaczeniu posłużono się terminem „nie złożył wymaganego zabezpieczenia niezbędnego do wykonania umowy”. Wymóg, aby treść gwarancji odzwierciedlała treść przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikał z pkt. 12.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymienione w gwarancji warunki zapłaty realizacji roszczenia beneficjenta są niemal wierną kopią przepisów ustawy, nawet pod względem redakcyjnym, w kontekście specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma wątpliwości, że składając jednostronne oświadczenie woli gwarant kierował się wprost treścią art. 45 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w taki sposób należy interpretować treść gwarancji, a nie opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Niemieckie sformułowanie zostało błędnie przetłumaczone jako „nie złożył wymaganego zabezpieczenia niezbędnego do wykonania umowy”, ale w rzeczywistości zdanie to odpowiada treści art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i oznacza „nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy”, co zostało udowodnione przez Odwołującego poprzez przedłożenie Zamawiającemu poprawnego tłumaczenia sporządzonego przez tłumacza przysięgłego. Zamawiający

błędnie podnosi, że dołączenie tłumaczenia gwarancji bankowej po złożeniu protestu stanowi uzupełnienie wadium. Tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego nie stanowi oświadczenia woli, nie ma więc znaczenia dla wyniku postępowania, iż gwarancję bankową przetłumaczono w sposób błędny. Przedłożenie poprawionego tłumaczenia dokumentu gwarancji po dacie przedłożenia oryginału gwarancji nie stanowi jej uzupełnienia.

Co do niezgodności pkt. 2c gwarancji bankowej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W treści gwarancji zawarto co prawda stwierdzenie, iż zapłata przez gwaranta nastąpi, jeżeli „zawarcie umowy w oparciu o prawo o przetargach publicznych nie doszło do skutku z winy Oferenta”, jednakże sformułowanie to nie stoi w sprzeczności z treścią art. 45 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi o „przyczynach leżących po stronie wykonawcy”. Przepis art. 45 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy interpretować w kontekście ogólnych zasad prawa cywilnego określających odpowiedzialność dłużnika na zasadzie winy. Art. 471 kodeksu cywilnego stanowi wyraźnie, iż dłużnik odpowiedzialny jest za niewykonanie zobowiązania (tutaj niepodpisanie umowy), chyba że niewykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, jak więc wynika z treści tego przepisu dłużnik nie może ponosić odpowiedzialności za swoje niezawinione działanie lub zaniechanie. Sformułowanie w ustawie Prawo zamówień publicznych „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” należy zatem rozumieć w ten sposób, że chodzi o przyczyny, które leżą po stronie wykonawcy i które powstały z jego winy (umyślnej bądź nieumyślnej). Odmienna interpretacja prowadziłaby do odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka, co byłoby dopuszczalne tylko w przypadku wyraźnego wprowadzenia takiej odpowiedzialności. Nie ma racji Zamawiający twierdząc, iż art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala zamawiającemu zatrzymać wadium nawet w przypadku, gdy wykonawca nie ponosi odpowiedzialności

za niezawarcie umowy, lecz gdy winę ponosi sam wykonawca i to na skutek okoliczności pierwotnych (powstałych przed wyborem oferty, a ujawnionych po wyborze) oraz następczych (powstałych po wyborze oferty). Treść przepisu, który sięga wyłącznie po przyczyny leżące po stronie wykonawcy oznacza, że nie znajdują zastosowania przypadki niezawinionej niemożliwości, a co za tym idzie, nie spowodują utraty przez niego wadium. Podobne unormowanie znaleźć można w prawie cywilnym i art. 475 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa.

Określenie w treści gwarancji „nie doszło do skutku” jest omyłką językową tłumacza przysięgłego, gdyż określenie zawarte w oryginale oznacza: „zawarcie umowy (...) stało się niemożliwe”, a tym samym oddaje dosłownie treść art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na dowód istnienia omyłki w tłumaczeniu przysięgłym Odwołujący przedłożył Zamawiającemu poprawioną wersję tłumaczenia przysięgłego gwarancji.

Tłumaczenie dokumentu z języka obcego na język polski nie jest oświadczeniem woli podmiotu składającego takie oświadczenie, nie ma więc znaczenia dla wyniku postępowania.

Odwołanie KIO/UZP 819/10

Odwołujący – konsorcjum Hydrobudowa zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 44, art. 24 ust. 2 pkt 2, 3, 4, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 „oraz inne wymienione w treści odwołania” i wniósł o: uchylene decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Johann Bunte, wykluczenie go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 bądź też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o wykluczenie z udziału postępowaniu konsorcjum Moebius Bau, a w konsekwencji o odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 bądź na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego oferty obu tych wykonawców obarczone są poważnymi uchybieniami formalnymi.

Johann Bunte nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8. pkt 8.1.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie osoby niespełniającej kryteriów na stanowisko Kierownika Budowy, który winien być uprawniony do nadzorowania i prowadzenia robót bez ograniczeń lub prowadzenia i nadzorowania robót hydrotechnicznych i posiadać minimum 5 – letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót hydrotechnicznych. Roboty te realizowała jako Generalny Wykonawca Hydrobudowa Gdańsk S.A., więc posiada wiedzę o ich realizacji i oświadcza, iż na żadnym ze wskazanych zadań pan Zenobiusz Grylak nie pełnił funkcji Kierownika Budowy, lecz każdorazowo funkcję wyłącznie kierownika robót podwodnych.

Johann Bunte nie spełnia także warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8. pkt 8.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez przedłożenie „Wykazu wykonanych robót budowlanych” nie potwierdzających spełniania następujących warunków:

1. pkt 1., 3. i 6. wykazu – „Budowa nowego terminala głębokowodnego JadeWaserPort/ Etap 1 Realizacja infrastruktury nabrzeży, terenu terminalu i terenów przyportowych”, jako robota w toku. Sam Johann Bunte w dokumentach uzupełniających ofertę wskazuje, iż zadanie inwestycyjne jest obszerne i składa się z wielu etapów częściowych, od wykonania których bieżąco odrębne okresy gwarancji i rękojmi. Johann Bunte wskazuje, iż zakończenie inwestycji planowane jest na 31 grudnia 2011 r. Z treści dodatkowych dokumentów dotyczących przedmiotowej referencji wynika, iż została ona zakończona w 98% w zakresie pali ukośnych i w 73% w zakresie połączeń kotwiących, wykonano również refulację w ilości 38 000 000 m³ z zakładanych 46 000 000 m³ refulacji. Dodatkowo wskazać należy, iż tymi samymi referencjami, jako uprawniony współkonsorcjant posługuje się również Moebius, a mają one różną treść. Zgodnie z referencjami przedłożonymi przez Johann Bunte pierwszy etap inwestycji zakończył się 16 grudnia 2009 r. i opiewał na wartość 323 205 997,14 euro, zaś referencje dotyczące tej samej budowy załączone do oferty przez konsorcjum Moebius

wskazuje jako datę zakończenia Etapu 1. 30 września 2009 r. i wartość robót opiewającą na kwotę 279 087 944,03 euro, co wskazuje bądź na fakt przedłożenia dokumentu z realizacji robót w toku z ich narastającą wartością na celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez obu wykonawców.

2. pkt 2. Wykazu – „Umocnienie wydmy poprzez refulację Kolpinsee/ Stubenfelde na wyspie Uznam”, wobec braku potwierdzenia należytego wykonania ww. robót. Przywołane referencje nie potwierdzają należytego wykonania opisanych w niej robót na gruncie rozporządzenia z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, bowiem z uwagi na zapisy § 1 ust. 2 pkt 1 tego rozporządzenia dokument przedkładany Zamawiającemu musi bezsprzecznie i niepodważalnie wskazywać, iż roboty zostały wykonane należycie. Zatem nie można uznać, iż opisywana w niniejszym punkcie referencja winna być brana przez Zamawiającego pod uwagę i uznana za spełniającą warunki udziału w niniejszym postępowaniu.

3. pkt 4. Wykazu – „Wydma na wyspie Helgoland, wzmocnienie wschodniego wału wydmowego”, wobec braku potwierdzenia należytego wykonania ww. robót.

4. pkt 5., 7. i 8. Wykazu – „Regulacja rzeki Untere Hunte” jako roboty polegające na regulacji rzeki, nie zaś ochronie brzegu morskiego, w obszarach wód śródlądowych, nie zaś morskich oraz brak potwierdzenia należytego wykonania ww. robót. Opisywana inwestycja była zlokalizowana nad rzeką Hunte i biegła między Oldenburgiem i Elsfleth. Jest to niemiecka droga wodna podlegająca przepisom żeglugi morskiej, nie stanowi jednakże jako regulacja rzeki referencji potwierdzającej posiadanie doświadczenia w zakresie ochrony brzegu morskiego, na potwierdzenie czego została przez Bunte włączona do oferty. Również jest potwierdzeniem wykonywana robót katarowych na obszarze wód śródlądowych, nie zaś robót katarowych w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, jak tego wymagał Zamawiający. Niezależnie bowiem od tego, iż akwen rzeki pozostaje w obszarze pływów Morza Północnego, nie można uznać, iż

brzegi rzeki są tożsame z brzegiem morskim. Ponadto w ww. referencjach brak jest potwierdzenia należytego wykonania zadania inwestycyjnego.

Johann Bunte nie spełnia też warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 pkt 8.1.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie wykazu sprzętu, jakim dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, niezbędnego (wymaganego) do wykonania przedmiotu zamówienia, nie potwierdzającego warunku posiadania lub dysponowania pogłębiarką ssąco – regulującą Hein wobec nieprzedstawienia dokumentu zobowiązania do udostępnienia sprzętu przez podmiot uprawniony. Nie przedstawił nie budzącego uzasadnionych wątpliwości dokumentu zobowiązania do udostępnienia sprzętu przez podmiot uprawniony, tj. Meyer & Van der Kamp wg „Wykazu sprzętu” lub Van der Kamp B.V. wg dokumentu stanowiącego przedmiotowe zobowiązanie. Zobowiązanie do udostępnienia sprzętu podpisał Meyer & Van der Kamp, który nie będąc właścicielem ww. pogłębiarki, nie mógł, bez umów dodatkowych. Zatem dokument stanowiący zobowiązanie do udostępnienia sprzętu załączony do oferty przez Bunte nie ma charakteru wiążącego i ważnego i wobec tego nie powinien być przez Zamawiającego uznany za niewadliwy.

Wady te powodują sprzeczności oferty Johann Bunte z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego efektem winno być wykluczenie wykonawcy z niniejszego postępowania i odrzucenie jego oferty.

W odniesieniu do konsorcjum Moebius Odwołujący stwierdził, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8. pkt 8.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie w ramach złożonej przez Moebius oferty „Wykazu wykonanych robót budowlanych” nie potwierdzających spełniania niżej wskazanych warunków:

1. pkt 1. Wykazu – „Budowa nowego terminala głębokowodnego JadeWaserPort/Etap 1 Realizacja infrastruktury nabrzeży, terenu terminalu i terenów przyportowych” jako roboty w toku. Argumentacja jak do Johann Bunte.

2. pkt 2. Wykazu – „Zasilenie brzegu” na rzecz Federalnego Zarządu Wodno – Żeglugowego, jako roboty realizowane na rzece Łabie, nie zaś w obszarze brzegu morskiego. Wskazane roboty były realizowane na rzece Łabie i polegały na zasileniu plaży, co nie może stanowić potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego jako zasilenie brzegu morskiego – refulacji o kubaturze robót co najmniej 300 000 m³ każda. Niezależnie bowiem od tego, iż akwen rzeki pozostaje w obszarze pływów Morza, nie można uznać, iż brzegi rzeki są tożsame z brzegiem morskim. Ponadto dokument referencyjny został podpisany przez niejakiego Huberta (domniemanie, iż chodzi o nazwisko) z nieczytelnym podpisem, co budzi wątpliwości co do autentyczności przedmiotowego dokumentu.

3. pkt 3. Wykazu – „Zasilenie brzegu morskiego 300 000 m³” wobec załączenia do oferty dokumentu referencyjnego wystawionego na inny podmiot, niż uczestnik postępowania przetargowego, referencje obejmują potwierdzenia wykonania 30% robót z całości zadania, tj. z 300 000 m³, a także brak w dokumencie referencyjnym potwierdzenia należytego wykonania robót. Na potwierdzenie wykonania ww. robót konsorcjum Moebius przedstawiło dokument wystawiony na Josef Möbius Bau – Gesellschaft GmbH & Co., który to podmiot nie jest członkiem konsorcjum występującego w niniejszym postępowaniu. Zatem referencje te nie mogą być przez Zamawiającego uznane za potwierdzające doświadczenie Wykonawcy.

4. pkt 4. Wykazu – „Budowa liniowa ochrony brzegu morskiego”, definicja Zamawiającego budowli hydrotechnicznych nie dopuszcza ostróg, ponadto z opisu robót wynika, iż roboty budowlane polegały na remoncie lub renowacji, nie zaś na budowie. Dodatkowo przedmiotem zadania inwestycyjnego były prace przy konserwacji ostrogi, która zgodnie z definicją legalną budowli hydrotechnicznych liniowych ochrony brzegu morskiego sformułowaną na potrzeby niniejszego postępowania przez Zamawiającego nie może zostać uznana za referencyjną budowie, bowiem nie stanowi konstrukcji progów podwodnych, wałów przeciwsztormowych, opasek brzegowych, brzegowych falochronów wyspowych ani falochronów stałych.

5. pkt 5. Wykazu – „Wał przeciwsztormowy Ostzingst Riegeldeich, bowiem z opisu robót wynika, iż nie były to prace przy wykonaniu liniowych budowli

hydrotechnicznych, ale roboty zagospodarowania terenu, nie mające nic wspólnego z hydrotechniką. Zgodnie z opisem zamieszczonym w dokumencie referencyjnym roboty te obejmowały: zagospodarowanie i odtworzenie terenu, demontaż i przejęcie tablicy budowy, demontaż i wywiezienie tablic informacyjnych, demontaż rurociągu, zasiew trawy obrzeże powierzchni umacniającej tłuczniem, całość prac krajobrazowo – ogrodowych, zastosowanie Mykorrhiza, zagospodarowanie środkowego pasa na betonowej drodze wałowej, co nie potwierdza doświadczenia w wymaganych przez Zamawiającego realizacjach budowli hydrotechnicznych liniowych ochrony brzegu morskiego.

6. pkt 8. Wykazu – „Nabrzeże Fińskie, w tym roboty kafarowe” jako roboty wykonywane przez spółkę JV Moebius – Boegl Szczecin II, tj. podmiot inny niż uczestnik niniejszego postępowania, wynika to z załączonego do oferty dokumentu referencyjnego wydanego na rzecz JV Moebius – Boegl Szczecin II, wobec czego roboty te nie mogą być uznane.

7. niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w ramach Rozdziału 8 pkt 8.1.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez niewskazanie i nieuzupełnienie w ofercie wykazu sprzętu, jakim dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, niezbędnego (wymaganego) do wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie dysponowania pogłębiarką ssąco – refulującą KETO, wobec niewskazania w ww. Wykazie (oraz nie uzupełnienia ww. Wykazu) wszystkich parametrów pogłębiarki żądanych przez Zamawiającego oraz niezłączenia do oferty oraz nieuzupełnienia zobowiązania podmiotu uprawnionego do udostępnienia sprzętu na rzecz konsorcjum Moebius – w ramach uzupełnień Moebius przedstawił kartę katalogową pogłębiarki KETO, z której wynika, iż jej właścicielem jest J. Möbius Bau – Gesellschaft GmbH & Co., Hamburg, nie zaś, jak to wynika z „Wykazu” – Josef Möbius Bau – Aktiengesellschaft. Konsorcjum Moebius nie wskazało w „Wykazie sprzętu” ani uzupełnieniu wszystkich parametrów pogłębiarki żądanych przez Zamawiającego oraz nie załączył do oferty ani ww. uzupełnieniu oferty zobowiązania podmiotu uprawnionego do udostępnienia sprzętu na rzecz Konsorcjum Moebius. Dodatkowo Moebius nie załączył do złożonych Zamawiającemu uzupełnień skorygowanego,

zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykazu sprzętu”.

8. nieważność dokumentów złożonych przez wykonawcę w związku z realizacją postanowień Rozdziału 12. pkt 12.4. i 12.6. w zw. z pkt 15.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec niepotwierdzenia „za zgodność z oryginałem” przez osobę należycie umocowaną, w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokumentów załączonych do oferty ww. wykonawcy od str. 173 do str. 182 (w tym dwie dodatkowe pozbawione kolejnej numeracji strony oferty, w kopii odpisu z KRS gwaranta numeracja obejmuje co drugą stronę), co zgodnie z zapisami SIWZ (przywołany pkt 15.5.) powoduje nieważność tychże dokumentów.

Powoduje to sprzeczności oferty konsorcjum Moebius z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego efektem winno być obligatoryjne wykluczenie tego wykonawcy z niniejszego postępowania i odrzucenie jego oferty.

Powyższe działania - wybór, przez Zamawiającego oferty Bunte jako najkorzystniejszej oraz sklasyfikowanie oferty Moebius na drugiej pozycji w rankingu ofert - i zaniechania Zamawiającego - nie wykluczenie Wykonawców - Bunte i Moebius z niniejszego postępowania oraz nie odrzucenie ich ofert - naruszają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, a przede wszystkim:

Zgodnie bowiem z dostarczoną w ramach uzupełnień oferty przez Moebius kartą katalogową pogłębiarki KETO oraz jej rysunkiem stwierdzić należy, iż podmiotem uprawnionym do oddania w dyspozycję w/w sprzętu na rzecz Konsorcjum Moebius jest Josef Möbius Bau - Gesellschaft (GmbH&Co) nie zaś wskazany w Wykazie Sprzętu Josef Möbius Bau Aktiengesellschaft.

Wobec tego, iż Zamawiający dokonał czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia w/w Wykazu Sprzętu (elementu oferty) oraz załączenia zobowiązania do jego udostępnienia na rzecz uczestnika postępowania, nie jest możliwe dokonanie kolejnych uzupełnień, w powyższym zakresie i

Konsorcjum winno zostać wykluczone z niniejszego postępowania zgodnie z żądaniem Protestu i Odwołania.

3) Zamawiający w ramach Rozdziału 12 SIWZ IDW, w pkt 12.4 wskazał, iż „Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach PARP należy złożyć w formie oryginału w kasie Zamawiającego. Do oferty należy dołączyć kopię dokumentu wadialnego, potwierdzonego przez Wykonawcę „za zgodność z oryginałem”.

W pkt 12.6 SIWZ IDW Zamawiający wskazał, iż „z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) Przedstawiciela Gwaranta. Podpis powinien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację np. złożony wraz z imienną pieczętką lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska). (...)”

W kolejnym pkt SIWZ - 15.5 Zamawiający wskazuje, iż w przypadku załączenia kserokopii wymaganych w SIWZ dokumentów powinny one, pod rygorem nieważności, zostać potwierdzone „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem pkt 9.2.1 (odpis z KRS Wykonawcy), 9.7.6 (inna forma zastrzeżona dla pełnomocnictwa), 10.2 (pełnomocnictwo dla Pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Wykonawca Konsorcjum Moebius załączył do oferty dokumenty nie potwierdzone przez osobę upoważnioną „za zgodność z oryginałem” w zakresie od strony nr 173 do strony 182 (w tym dwie dodatkowe pozbawione kolejnej numeracji strony oferty, w kopii Odpisu z KRS Gwaranta numeracja obejmuje co drugą stronę).

Dokumenty nie potwierdzone przez Wykonawcę „za zgodność z oryginałem” obejmują odpis z KRS Gwaranta oraz stosowne pełnomocnictwa udzielone osobom, które w imieniu Gwaranta podpisały gwarancję wadialną zabezpieczającą ofertę wadium.

W takim stanie rzeczy, wobec zastrzeżonej przez Zamawiającego nieważności dokumentów włączanych przez Wykonawców do treści oferty, a nie

potwierdzonych przez osoby upoważnione na podstawie stosownych pełnomocnictw, uznać należy, iż dokumenty załączone przez Moebius w zakresie od strony 173 do 182 należy potraktować jako nie załączone.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy uprawniony jest sąd, iż Wykonawca nie należycie potwierdził wymóg wskazany w pkt 12.6 SIWZ IDW, a więc w dalszej konsekwencji nie zabezpieczył oferty wadium, w formie zgodnej z żądaniami Zamawiającego wyraźnie wyartykułowanymi w SIWZ, tj. nie upewnił Zamawiającego co do faktu należytego podpisania gwarancji wadialnej, tj. de facto prawidłowości jej wstawienia.

W takich okolicznościach Zamawiający jest zobowiązany w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wykluczyć takiego Wykonawcę z postępowania, bowiem opisany błąd nie podlega sanacji.

Odwołanie KIO/UZP 833/10

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz przepisów przywołanych w treści protestu i odwołania” i zażądał nakazania Zamawiającemu: rozpoznania protestu w części dotyczącej zarzutów względem Johann Bunte, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Moebius i Johann Bunte z postępowania i odrzucenia złożonych przez nich ofert, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Odwołujący stwierdził, że Johann Bunte nie złożył dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie w związku z czym nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

Dokumenty dołączone do oferty przez Johann Bunte w postaci zaświadczenia z Centralnego Rejestru Firm w Niemczech wydawanego przez Federalny Urząd Sprawiedliwości nie jest odpowiednikiem polskiego KRK i nie może potwierdzać, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, gdyż Federalny Urząd Sprawiedliwości nie prowadzi spisu podmiotów, wobec których orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne, więc Zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Johann Bunte nie złożył również dokumentu, z którego jednoznacznie wynikałby sposób reprezentacji wystawcy gwarancji wadialnej, pod treścią gwarancji widnieją bowiem dwa nieczytelne podpisy, które nie są opatrzone imieniem i nazwiskiem osób składających te podpisy. Jak wynika z punktu 12.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta, gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upełnomocnionego) przedstawiciela gwaranta. Z treści gwarancji wystawionej dla Johann Bunte to nie wynika, w ofercie nie znajdują się również odpowiednie pełnomocnictwa. Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy gwarancja jest ważna. Zamawiający zobowiązany jest więc uznać, iż wadium w ogóle nie zostało wniesione i wykluczyć wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z treści punktu 12.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika ponadto, że do oferty należy dołączyć kopię dokumentu wadialnego potwierdzonego za zgodność z oryginałem, kopia dokumentu wadialnego jest zatem częścią oferty. W związku z nieprawidłowym dokumentem w zakresie potwierdzenia wniesienia wadium, ofertę Johann Bunte należy uznać za sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w związku z czym powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Johann Bunte nie wykazał również, że posiada wymagane doświadczenie w zakresie wykonania co najmniej dwóch zasileń brzegu morskiego – refulacji o kubaturze robót co najmniej 300.000 m³ każda. Johann Bunte wskazał na potwierdzenie spełnienia tego warunku „Regulację rzeki Untere Hunte – odcinek 4” oraz „Regulację rzeki Untere Hunte – odcinek 6.” Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie – wątpliwość budził fakt, czy regulacja rzeki może być uznana za regulację brzegu morskiego. Johann Bunte wyjaśnił, załączając informacje uzupełniające do referencji dotyczących regulacji rzeki Untere Hunte – 4 i 6 odcinek budów, że niemiecka droga wodna Untere Hunte przebiega między Oldenburgiem

i Elsfleth i podlega federalnemu Regulaminowi Morskich Dróg Żeglugowych, stany jej wody zależą od pływów morskich. Wpływ Morza Północnego powoduje występowanie średniej amplitudy stanów wody wynoszącej ok. 3,30 m w cyklu o długości ok. 6 godzin. Wykonane w ramach inwestycji wały dotyczą wałów ochronnych, stanowiących element składowy ochrony brzegu morskiego.” Wyjaśnienie to budzi wątpliwości, trudno bowiem stwierdzić, w jaki sposób regulacja rzeki oddalonej o 70 km od brzegu morskiego może stanowić regulację tego brzegu. Definicja refulacji wskazana przez Zamawiającego znajduje się w punkcie 3.2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczy czynności wykonywanych w celu ochrony brzegu morskiego. Referencje dotyczące regulacji rzeki nie mogą być zatem uznawane przez Zamawiającego jako „refulacja” w znaczeniu wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Johann Bunte składając więc oświadczenia ww. treści złożył informacje nieprawdziwe lub niepełne i podlegał wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei Konsorcjum Moebius nie załączyło do oferty zaświadczenia o nieotwarciu likwidacji wobec Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft oraz Colcrete-von Essen GmbH & Co. KG. Zarzut protestu dotyczył zarówno spółki Colcrete – von Essen GmbH & Co. KG i Josef Mobius Bau – Aktiengesellschaft. Zgodnie z treścią pkt. 9.6.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP składa dokumenty potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Oferta konsorcjum Moebius nie zawierała informacji o tym, że wobec tych dwóch spółek nie otwarto likwidacji, a jedynie brak ogłoszenia upadłości, zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W Niemczech istnieje rejestr potwierdzający, że wobec przedsiębiorcy nie otwarto likwidacji, a dokument wydawany jest przez sąd rejonowy, sąd rejestrowy. Nie jest prawdą twierdzenie konsorcjum Moebius, że nie istniała potrzeba przedstawienia odrębnego dokumentu w przedmiocie wykazania, że wobec dwóch spółek nie

otwarto likwidacji, a do informacji z Centralnego Rejestru Działalności Gospodarczej wpisuje się ewentualne otwarcie likwidacji, nie jest to bowiem rejestr, w którym wpisuje się informacje o ewentualnym otwarciu likwidacji wobec przedsiębiorcy, lecz rejestrem zawierającym informacje dotyczące zakazu wykonywania danej działalności, cofnięcia koncesji, licencji etc. oraz wyroki karne.

Konsorcjum Moebius nie przedstawiło dokumentów, które potwierdzałyby prawidłowość wykonania żądanych przez Zamawiającego prac.

W zakresie budowy portu głębokowodnego w Wilhelmshaven referencje dotyczą prac w toku, co nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani ustawy. Zamawiający wymaga bowiem od wykonawców, aby wskazali dokumenty potwierdzające, że wykonawca należycie wykonał, a nie, że jest w trakcie wykonywania określonych inwestycji.

Co do zasilenia brzegu morskiego 300.000 m³ w Norderney – specyfikacja istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazuje, że wykonawca powinien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch zasileń brzegu morskiego – refulacji o kubaturze co najmniej 300 000 m³ każda. Wg przedłożonych dokumentów projekt w całości obejmował wymagane 300 000 m³, jednak udział firmy Möbius wynosił jedynie 30%, z czego można wnioskować, iż wykonywał jedynie prace refulacyjne w ilości ok. 30%, czyli ok. 90 000 m³, zatem nie ma prawa legitymować się wypełnieniem zobowiązań w zakresie wymaganych refulacji o kubaturze robót co najmniej 300 000 m³.

Wał przeciwsztormowy Ostzingst Riegeldeich – projekt ten nie jest konstrukcją liniowej budowli ochrony brzegu morskiego, a jedynie renaturyzacją, co również nie odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Falochron stały, modernizacja Falochronu Północnego narzutowego we Władysławowie – w ocenie Odwołującego prace przy tej inwestycji polegały na modernizacji, a nie na konstrukcji budowli. Jak wskazuje Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu pojęcie modernizacja mieści się w zakresie pojęciowym „remontu”, „przebudowy” albo „rozbudowy” stanowiących

definicję robót budowlanych, a falochron północny we Władysławowie podlegający modernizacji odpowiada definicji budowli hydrotechnicznych liniowych ochrony brzegu morskiego zawartej przez Zamawiającego w punkcie 8.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak Odwołujący się z tym nie zgadza. Zamawiający zażądał, aby wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie oraz dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także by wykonali należycie m.in. trzy budowle hydrotechniczne liniowe ochrony brzegu morskiego. Z językowego brzmienia pojęcia „wykonania” można wywnioskować, że wykonanie nie oznaczało prowadzenia robót budowlanych polegających np. na modernizacji, ale na faktycznym wykonaniu budowli, od postaw. Pojęcie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym remontu, przebudowy albo rozbudowy, a żadne z nich nie może zostać uznane za „wykonanie” budowli. Z kolei ustawa o rachunkowości pod pojęciem modernizacji rozumie inne prace niż przebudowa, rozbudowa, rekonstrukcja lub adaptacja. I chociaż pojęcie to nie jest jednolite w polskim prawie, jednak z żadnej z wymienionych powyżej ustaw nie można wnioskować, że modernizacja wypełnia przesłanki „wykonania budowli”.

Co do nierozpoznania protestu Odwołującego w części dotyczącej zarzutów względem Johann Bunte z uwagi na wykluczenie tego wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych protest nierozstrzygnięty w terminie uznaje się za oddalony. Brak rozpoznania protestu w części dotyczącej Johann Bunte, można uznać za spełniający przesłanki z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli protest w tej części Zamawiający oddalił, z czym Odwołujący się nie zgadza i żąda rozstrzygnięcia protestu pomimo wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych przez wykonawców wyjaśnień, protokołu

nr 9 komisji przetargowej z 20 kwietnia 2010 r., protestów, rozstrzygnięć protestów, odwołań, przystąpień oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty w stosunku do wykonawcy Johann Bunte

Wymagania dotyczące wniesienia wadium Zamawiający przedstawił w rozdziale 12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynikało z nich m.in., że Zamawiający wymagał wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, w wysokości 1.000.000 złotych, a z treści gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe i na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wymagał też, aby z treści gwarancji wynikało, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta – musiała być ona podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela gwaranta, przy czym podpis musiał być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację, np. złożony z imienną pieczętką lub czytelny, z podaniem imienia i nazwiska.

Z punktu 13.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikało, że wybrany wykonawca będzie musiał wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie.

Termin składania ofert upłynął 24 lutego 2010 r.

Odwołujący – Johann Bunte wraz z ofertą przedstawił Zamawiającemu gwarancję wadium w języku niemieckim wystawioną przez Oldenburgische Landesbank AG wraz z „uwierzytelnionym tłumaczeniem”, w którym sformułowania punktu 2 b i c „b) die geforderte Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung nicht beigebracht hat, oder c) wenn der Vertragsabschluß, bezogen auf die öffentliche Vergabe, durch Verschulden des Bieters unmöglich wurde” oraz dotyczące ważności gwarancji i zgłaszania roszczeń: „Aus Identifikationsgründen ist uns das Original Ihrer schriftlichen Zahlungsaufforderung während der Gültigkeit der Garantie über Ihre

Hausbank zuzusenden (...) Unsere Garantie gilt vom 25.02.2010 bis zum 26.05.2010 und erlischt stillschweigend und ganz, sofern...” przetłumaczono odpowiednio jako: „b) nie złożył wymaganego zabezpieczenia niezbędnego do wykonania umowy, lub c) jeżeli zawarcie umowy w oparciu o prawo o przetargach publicznych nie doszło do skutku z winy oferenta. Celem identyfikacji oryginał pisma z żądaniem zapłaty należy przesłać w okresie obejmującym gwarancję, za pomocą banku (...) Nasza gwarancja jest ważna w okresie od 25.02.2010 do 26.05.2010 roku i wygasa zupełnie jeżeli:...”

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu Johann Bunte stwierdził, że powyższe tłumaczenie zawiera błędy i przedstawiło kolejne, dokonane przez tłumacza przysięgłego o następującej treści: „b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub -/- c) jeśli zawarcie umowy dotyczącej przetargu publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta. -/- Celem identyfikacji oryginał Państwa pisemnego wezwania do zapłaty należy przesłać nam w okresie obowiązywania gwarancji za pośrednictwem Państwa banku (...) Nasza gwarancja jest ważna od dnia 25.02.2010 do dnia 26.05.2010 i wygasa milcząco i w całości, jeśli:...”

Konsorcjum Moebius również przedłożyło tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego – biegłego sądowego o treści: „b) nie złożył wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, c) jeżeli zawarcie umowy dotyczącej przetargu publicznego stało się niemożliwe z winy Oferenta. Celem identyfikacji oryginał Państwa wezwania do zapłaty należy przesłać w okresie obowiązywania gwarancji do nas za pośrednictwem Państwa banku macierzystego (...). Nasza gwarancja obowiązuje od 25.02.2010 do 26.05.2010 i wygasa bez powiadomienia oraz całkowicie, o ile:...” wraz z opinią tłumacza, iż w treści gwarancji nie użyto słowa „ordnungsgemäß”, czyli „należyte”, „das Verschulden” to „wina, zawinienie” – co wynika z haseł słownikowych, zatem prawidłowe tłumaczenie jest takie, jak powyżej przedstawił.

Na wstępie Izba stwierdziła, że może orzec w stosunku części zarzutu dotyczącego daty obowiązywania gwarancji, pomimo że nie został on

podniesiony w proteście, lecz wskazany przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu tego protestu. Środkiem procesowym od rozstrzygnięcia protestu jest bowiem odwołanie (art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a co prawda Izba, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, może orzekać tylko w zakresie zarzutów, które były zawarte w proteście, to jednak, biorąc pod uwagę choćby treść art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawa ta trochę inaczej traktuje sytuację, gdy wnoszącym odwołanie jest przystępujący do protestu. Jest to słuszne założenie, gdyż w przeciwnym razie Odwołujący – Johann Bunte przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego, przy uwzględnieniu protestu na jego niekorzyść, mógłby zostać pozbawiony ochrony prawnej. Nawet więc gdyby protest wniesiony przez konsorcjum Moebius podlegał odrzuceniu, a Zamawiający go uwzględnił, nie miałyby to przy rozstrzygnięciu przez Izbę znaczenia w tym sensie, iż Izba i tak zobowiązana by była do wydania orzeczenia, przy tym zgodnie z procedurą, Izba nie zwraca zamawiającemu sprawy do ponownego rozpoznania, lecz orzeka co do istoty sprawy. Jednak, jak już Izba wskazała w postanowieniu wydanym na posiedzeniu, uznała, iż pan Michael Welz, prokurent Moebius Bau Polska Sp. z o.o., mógł występować skutecznie w imieniu konsorcjum Moebius.

W odniesieniu do wskazanych wad gwarancji Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego – konsorcjum Moebius.

Oczywiste i bezsporne jest, że za prawidłowe przygotowanie oferty i przedstawienie wymaganych dokumentów, w tym także gwarancji i dokonanie poprawnych tłumaczeń, odpowiada wykonawca. Zamawiający, jeśli podejmie wątpliwości co do przedstawionych tłumaczeń, ma prawo wyjaśnić je z wykonawcą, jednak trudno od niego wymagać, by był w stanie zweryfikować wszystkie przedstawiane mu obcojęzyczne dokumenty, zwłaszcza jeśli nie są to języki powszechnie używane w obrocie handlowym, lub też sprawdzał ich prawidłowość angażując tłumacza przysięgłego. Dlatego, zdaniem Izby, ryzyko zarówno błędnej treści dokumentów, jak i tłumaczeń, ponosi wykonawca, który je przedstawia. Natomiast biorąc pod uwagę fakt, że udzielenie gwarancji jest czynnością abstrakcyjną i jej zakres

i ważność zależne są od jej treści, niewłaściwe jest też dokonywanie zbyt liberalnej interpretacji przez zamawiającego na korzyść „zamiarów”, wbrew literalnemu brzmieniu gwarancji.

W orzecznictwie i praktyce zamówień od lat obowiązuje jednolity pogląd, że okres obowiązywania gwarancji powinien obejmować także dzień, w którym upływa termin składania ofert, analogicznie do wadium wnoszonego w pieniądzu. Pogląd ten zasługuje na akceptację i podtrzymanie nie tylko ze względu na to, że jako wymóg znany zarówno wykonawcom, jak i zamawiającym pozwala im na ocenę poprawności złożonych gwarancji, zamawiającym – oferentów, a wykonawcom – zarówno własnych, jak i konkurentów, co wpływa na poczucie i utrzymanie bezpieczeństwa obrotu w zakresie zamówień publicznych i równego traktowania wykonawców. Rzeczywiście, jest to wymóg formalny, gdyż faktycznie dla zabezpieczenia interesów zamawiającego bardziej istotna jest końcowa data obowiązywania gwarancji, a jeden dzień zwłoki w obowiązywaniu nie miałby praktycznego wpływu na zgłaszanie roszczeń, jak również pewnie tydzień lub dwa, jednak przy takim rozumowaniu trudno postawić konkretną granicę, od której liczyć konieczność początku obowiązywania gwarancji i można by doprowadzić do sytuacji wręcz absurdalnej, w której każdy wykonawca mógłby przedstawiać gwarancję z dowolnymi datami, co byłoby nieuczciwe w stosunku do konkurentów, którzy daliby gwarancję z dłuższym terminem obowiązywania (za tę usługę gwarant pobiera przecież opłatę), a poza tym zamawiający chcąc wykluczyć wykonawcę musiałby udowadniać, dlaczego nie jest w stanie zrealizować gwarancji we wskazanym w niej terminie.

Co zaś do argumentu, że nie jest to data obowiązywania/ważności gwarancji i zgłaszania roszczeń przez Zamawiającego, lecz realizacji roszczeń, przeczy temu treść gwarancji w każdym z powyżej zacytowanych tłumaczeń.

Również w odniesieniu do treści punktu 2 b) i c) gwarancji bardziej przekonujące dla Izby jest tłumaczenie i znaczenie słów przedstawione przez konsorcjum Moebius. Potwierdzają to również odpowiednie hasła w „Podręcznym słowniku polsko – niemieckim” wyd. Wiedza Powszechna, wyd. XVIII z 2001 r. oraz „Słowniku maxi polsko – niemieckim, niemiecko – polskim” wyd. Langenscheidt © 2002. Ze względu na to, że z powyżej

wskazanej przyczyny gwarancja i tak jest wadliwa i nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia, przedłużałoby niepotrzebnie postępowanie odwoławcze, a także, by żadna ze Stron nie musiała ponosić zbędnych kosztów przeprowadzenia dowodów, Izba zrezygnowała z przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w zakresie języka niemieckiego, jak również z przesłuchania tłumaczy przysięgłych, którzy dokonali przedstawionych tłumaczeń.

W związku z powyższym Izba uznała, że wykluczenie Johann Bunte na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie prawidłowe, gdyż przedstawienie wadliwej gwarancji powinno być traktowane analogicznie jak jej niezłożenie.

W odniesieniu zaś do zarzutu podniesionego w proteście i odwołaniu złożonym przez konsorcjum Warbud dotyczącego braku informacji co do osób podpisujących gwarancję, Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się. Rzeczywiście Zamawiający nie wymagał dołączenia do gwarancji dodatkowych dokumentów potwierdzających reprezentację, ale wyraźnie żądał wskazania tego w treści gwarancji. Natomiast gwarancja przedstawiona przez Johanna Bunte nie spełnia wymogu zawartego w punkcie 12.6. zdanie pierwsze, tj. nie wynika z niej, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta ani nie umożliwia identyfikacji osób, które się pod nią podpisały, przy czym o ile pierwszy „podpis” może wskazywać na część nazwiska, o tyle drugi nie składa się nawet z elementów, które można zidentyfikować jako litery. Co prawda Johann Bunte do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu załączył stosowane pismo przedstawicieli banku potwierdzające uprawnienia tych osób, ale jasne jest, że, skoro Zamawiający postawił taki wymóg, powinien egzekwować od wykonawców jego dotrzymanie. Wbrew temu, co twierdzi w przystąpieniu Johann Bunte określenie „powinien” nie stanowi tylko sugestii, a Zamawiający wyraźnie określił, jaki jest jego wymóg w tym zakresie, natomiast sama możliwość identyfikacji osób podpisujących gwarancję nie była skierowana do banku, lecz Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego doświadczenia pana Zenobiusza Grylaka Izba stwierdziła, że Odwołujący – konsorcjum Hydrobudowa nie udowodnił swojego zarzutu, do czego był zobowiązany zgodnie z zasadą przyjętą w art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym strony są zobowiązane wskazywać dowody dla potwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a co w tym wypadku powinno być łatwe dla Odwołującego, skoro był generalnym wykonawcą wymienionych robót. W braku takich dowodów wskazanych przez Odwołującego – konsorcjum Hydrobudowa w niniejszym stanie sprawy, Izba dysponuje jedynie przeciwstawnymi oświadczeniami obu wykonawców, a, biorąc pod uwagę zasadę ciężaru dowodu, nie ma podstaw, by podważyć oświadczenie wykonawcy Johann Bunte złożone w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

W odniesieniu do dysponowania pogłębiarką ssąco – refulującą nasiębierną „Hein” Johann Bunte, zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przedstawił pisma Meyer & Van der Kamp GmbH & Co. i Van der Kamp B.V., oba z 14 kwietnia 2010 r., wraz z tłumaczeniem przysięgłym, w których, zgodnie z treścią tłumaczenia, obie spółki złożyły oświadczenie, iż udostępnią przedmiotową pogłębiarkę, a spółka, która złożyła deklarację załączoną do oferty, była uprawniona do dysponowania nią, zgodnie z procedurami obowiązującymi w koncernie. W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu, że wskazane w poz. 1., 3. i 6. „Wykazu wykonanych robót budowlanych” roboty dotyczące „budowy nowego terminalu głębokowodnego JadeWeserPort/Etap 1. realizacja infrastruktury nabrzeży, terenu terminalu i terenów przyportowych” nie zostały zakończone Izba stwierdziła, że sporne pomiędzy Stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego jest, czy etap 1. inwestycji uległ zakończeniu i czy stanowi on odrębną i samodzielną część tej inwestycji. Biorąc jednak pod uwagę brzmienie postawionych przez Zamawiającego warunków, które odnoszą się do wykonania „dwóch zasilen brzegu morskiego”, „trzech budowli

hydrotechnicznych”, „dwóch robót kafarowych”, Izba stwierdza, że na gruncie tak postawionych warunków nie ma znaczenia, czy cała inwestycja została zakończona, jak również, czy zakończone zostały jej poszczególne etapy czy odcinki, gdyż Zamawiający nie odnosi się do wykonania całej zawartej umowy czy też robót budowlanych w szerszym niż wskazany zakresie, a dla wykazania się wymaganym doświadczeniem wystarczy wykonanie wskazanych prac – podobnie, jak na potrzebę powyższych warunków zostały one „wycięte” z przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zatem, jeśli zostały zrealizowane (zakończone) zasilenie brzegu morskiego, budowla lub budowle hydrotechniczne i roboty kafarowe, postawiony warunek doświadczenia można uznać za spełniony.

W odniesieniu do zarzutu, że w „referencjach” przedstawionych przez Johann Bunte Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się, gdyż, rzeczywiście, w załączonych dokumentach znajduje się jedynie krótki opis robót, a wystawcy w żaden sposób nie ustosunkowali się do jakości wykonania opisanych prac. Jedynie w piśmie z 8 lutego 2010 r. JadeWasserPort Realisierung GmbH & Co. KG potwierdziło, że opisane roboty zostały zrealizowane zgodnie z przewidzianym harmonogramem robót, co stanowi jedynie częściową, niewystarczającą, informację w zakresie należytego wykonania umowy. (W takiej samej informacji dla konsorcjum Moebius znalazła się pozytywna ocena wykonanych prac.) Jednak w chwili obecnej nie ma jeszcze podstaw do wykluczenia tego wykonawcy, a taki był zarzut, gdyż są to dokumenty, które Zamawiający mógłby uzupełnić w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast ze względu na konieczne wykluczenie wykonawcy Johann Bunte i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest celowe nakazywanie dokonania takiego wezwania do uzupełnienia dokumentów i nie ma wpływu na wynik postępowania. W związku z powyższym, kierując się dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, również ten zarzut oddaliła.

W odniesieniu do zarzutu, że roboty dotyczące regulacji rzeki Untere Hunte realizowane dla Wasser – und Schiffahrtsamt Bremen (Urząd Wodno –

Żeglugowy z Bremie) Izba stwierdziła, że Johann Bunte w odpowiedzi z 24 marca 2010 r., w ramach wyjaśnień udzielanych Zamawiającemu, przedstawił pismo Wasser – und Schifffahrtsamt Bremen (Urząd Wodno – Żeglugowy z Bremie) z 23 marca 2010 r., w którym urząd ten, zgodnie z przedstawionym tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego potwierdza, iż „wykonane w ramach inwestycji wały dotyczą wałów ochronnych, stanowiących element składowy ochrony brzegu morskiego” (w oryginale: „die Bestandteile des Küstenschutzes”). Tym samym, skoro sam inwestor – urząd, który należy uznać za przedmiotowo zorientowany w tym zakresie, potwierdził, że sporne prace dotyczą ochrony brzegu morskiego, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu nieprzedstawienia przez Johann Bunte dokumentu potwierdzającego, że wobec tego wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie Izba stwierdziła taką okoliczność, jednak ze względu na to, że zarzut dotyczy braku wykluczenia, którego nie można dokonać bez wezwania do uzupełnienia dokumentu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznała, że ze względu na konieczność wykluczenia wykonawcy ewentualne wezwanie do uzupełnienia brakującego dokumentu jest bezprzedmiotowe.

Zarzuty w stosunku do konsorcjum Moebius

Podczas rozprawy Odwołujący – konsorcjum Hydrobudowa wycofał zarzut dotyczący pozycji 3. „Wykazu wykonanych robót budowlanych”, natomiast Odwołujący – konsorcjum Warbud podtrzymało zarzuty odwołania dotyczące braku zaświadczenia o likwidacji oraz niespełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez roboty wskazane w pozycji 1. i 3. wykazu, w pozostałym zakresie wycofał odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu, że konsorcjum Moebius nie przedstawiło informacji, iż wobec spółek Josef Möbius Bau AG oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co. KG nie otwarto likwidacji, Izba uznała wyjaśnienia konsorcjum Moebius, iż, wystarczającym poświadczeniem jest brak wpisu o likwidacji

w rejestrze, analogicznie jak w polskim Krajowym Rejestrze Sądowym. W przystąpieniu do postępowania odwoławczego konsorcjum Moebius wskazało stosowne przepisy m.in. rozporządzenia o założeniu i prowadzeniu rejestru handlowego, z § 43 którego wynika, zgodnie z przedstawionym tłumaczeniem przysięgłym, iż w dziale B, w kolumnie 6. podaje się m.in. wygaśnięcie firmy, likwidację spółki akcyjnej, europejskiej spółki akcyjnej, spółki komandytowo – akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pozycji 1. „Wykazu wykonanych robót budowlanych”, tj. budowy portu głębokowodnego w Wilhelmshaven (JadeWeserPort) Izba zajęła takie samo stanowisko jak wyrażone powyżej w stosunku do Johann Bunte (są to roboty wspólnie realizowane w ramach konsorcjum).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego poz. 3. wykazu robót dotyczącej zasilenia brzegu morskiego 300.000 m³ w Norderney wykonywanego na zlecenie Heinrich Hirdes GmbH (zgodnie z wyjaśnieniami konsorcjum Moebius pełniącego dla tych robót funkcję inwestora zastępczego) – iż spółka Möbius, ze względu na swój procentowy udział w konsorcjum wykonała jedynie prace w części odnoszącej się do 90.000 m³, a nie 300.000 m³ Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego – konsorcjum Moebius, iż może się on wykazywać doświadczeniem całego konsorcjum.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pozycji 2. wykazu, tj. zasilania brzegu w Glameyer Stack Izba, na podstawie porównania wyjaśnień dotyczących położenia Glameyer Stack i potwierdzeniu położenia zarówno Glameyer Stack, jak i Cuxhaven na mapie stwierdziła, że wyjaśnienia przedstawione przez konsorcjum Moebius odpowiadają jej ustaleniom, a tym samym zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pozycji 4., tj. budowli liniowej ochrony brzegu morskiego w Minsener Oog – iż dotyczy ona nie wykonania budowli, lecz jej renowacji, a także, że ostroga nie została wymieniona wśród budowli

wskazanych w punkcie 8.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia koniecznych do wykazania spełniania warunku. Zamawiający na podstawie opisu w „Wykazie” również powziął takie wątpliwości i pismem z 18 marca 2010 r. poprosił konsorcjum Moebius o wyjaśnienia w tym zakresie. W odpowiedzi konsorcjum Moebius wyjaśniło, że nastąpiła pomyłka w tłumaczeniu, przedstawiła nowe tłumaczenie referencji, w którym określenie „die Instandsetzung des Hauptdammes” przetłumaczono jako „odbudowę tamy głównej”, a nie „konserwację ostrogi głównej” oraz załączyła rysunki i zdjęcia wykonanych prac. Na tej podstawie Zamawiający budowlę tę uznał za wał przeciwsztormowy, wymieniony na tej liście. Izba uznaje wyjaśnienia Przystępującego – konsorcjum Moebius za wystarczające i oddala zarzut.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wału przeciwsztormowego Ostzingst Riegeldeich konsorcjum Moebius wyjaśniło, że to ziemny wał przeciwsztormowy, a zakres prac wykracza poza opis, na który powołał się Odwołujący. Zamawiający stwierdził, że w ramach tej inwestycji wykonawca wykonał także wał przeciwsztormowy o długości 2,2 km, co spełnia jego wymagania. Z kolei Odwołujący nie wykazał, że informacje te są błędne lub nieprawdziwe. W związku z tym Izba oddaliła zarzut.

W odniesieniu do zarzutu, iż w pozycji 8. „Wykazu” odnoszącej się do prac „Nabrzeże Fińskie, w tym roboty kafarowe” załączono referencje wystawione na JV Moebius – Boegl Szczecin II, które nie jest członkiem konsorcjum Moebius, a więc dotyczą one innego podmiotu, Przystępujący – konsorcjum Moebius wyjaśniło, że jest to nazwa konsorcjum, w którym wykonywał przedmiotowe roboty, na potwierdzenie czego do przystąpienia do postępowania odwoławczego dołączył kopię umowy konsorcjum wraz z tłumaczeniem. W związku z powyższym Izba oddaliła powyższy zarzut.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pogłębiarki ssąco – refulującej KETO Izba uznaje wyjaśnienia o przekształceniu spółki Josef Moebius Bau – Gesellschaft GmbH & Co. w Josef Moebius Bau AG, a więc, skoro jeden

z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum Moebius jest jej właścicielem, nie jest konieczne zobowiązanie do jej udostępnienia. W „Wykazie sprzętu” konsorcjum Moebius wymieniło pogłębiarkę ssąco – refulującą KETO o wydajności 5400 m³ na dobę, a jako właściciela wpisało Josef Möbius Bau AG. Pismem z 18 marca 2010 r. Zamawiający poprosił konsorcjum Moebius o uzupełnienie wykazu sprzętu. W uzupełnionej informacji dotyczącej pogłębiarki wskazano, że ma ona normalną głębokość bagrowania 24m oraz odległość pompowania urobku 2.200 mb. Zatem wykonawca przedstawił Zamawiającemu wymagane informacje konieczne do potwierdzenia spełniania warunku.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii gwarancji wadialnej i załączników do niej Izba stwierdziła, że taki brak nie wywołuje żadnego skutku dla wykonawcy. Składane bowiem przez wykonawców wraz z ofertą dokumenty można podzielić na 5 grup: 1) dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, 2) dotyczące przedmiotu zamówienia (przedmiotu oferty), czyli dokumenty składające się na treść oferty i dokumenty potwierdzające spełnianie przez dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań zamawiającego, 3) gwarancje i poręczenia wadialne – przy czym istotny jest tu oryginał dokumentu, 4) pełnomocnictwa do podpisania ofert i dokumenty o podobnym charakterze, 5) inne dokumenty wskazane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie należące do żadnej z powyższych grup, 6) dokumenty nie wymagane przez zamawiającego, które mogą wpływać na poprzednie wskazane grupy dokumentów lub być dla oferty i kwalifikacji wykonawcy obojętne. Przy tym tylko niezłożenie lub wadliwe złożenie niektórych z tych dokumentów, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkuje dla wykonawcy konsekwencjami w postaci: odrzucenia oferty (grupa 2.) – art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznania jej za niezłożoną lub złożoną przez podmiot nieuprawniony (pełnomocnictwo) – co wynika z przepisów ogólnych prawa cywilnego, wykluczeniem – art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych – (grupa 1. i 3.

– przy uznaniu, że wadium nie zostało złożone lub zostało złożone nieprawidłowo).

Wymaganą przez Zamawiającego w punkcie 12.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkową kopię gwarancji wadialnej można zakwalifikować do grupy 5., dla której ewentualnych wad lub braków nie przewidziano w ustawie żadnych konsekwencji, jest to tylko dokument technicznie ułatwiający zamawiającemu badanie złożonych ofert, znaczenie ma samo wniesienie wadium. Podobnie – gdyby wykonawca nie załączył wymaganego w punkcie 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzenia dokonania przelewu wadium w formie pieniężnej, a takiego przelewu dokonał.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) uwzględniając fakt, iż wszystkie odwołania rozpatrywane były łącznie i zaliczając koszty proporcjonalnie do liczby wszystkich rozpatrywanych odwołań.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....