

Sygn. akt: **KIO/UZP 1583/09**

KIO/UZP 1600/08

WYROK
z dnia 1 grudnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Luiza Łamejko
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 listopada 2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółkę Akcyjną., Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółkę Akcyjną, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24 (sygn. akt. KIO/UZP 1583/09)

B. Mostostal Kraków Spółkę Akcyjną, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5 (sygn. akt KIO/UZP 1600/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanaka** protestów:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa

Przemysłowego "BUDUS" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24 z dnia 2 października 2009r.

B. Mostostal Kraków Spółka Akcyjna, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5 z dnia 2 października 2009r.

przy udziale wykonawcy **Mostostal Kraków Spółka Akcyjna, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1583/09 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1600/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółkę Akcyjną, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółkę Akcyjną, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24

B. Mostostal Kraków Spółkę Akcyjną, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółkę Akcyjną, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółkę Akcyjną, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24,**

- B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mostostal Kraków Spółka Akcyjna, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mostostal Kraków S.A., 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 538 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24,**
- B** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Kraków Spółka Akcyjna, 31-752 Kraków, ul. Mrozowa 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A., 21-013 Puchaczów – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektów wykonawczych, budowlano-wykonawczych, budowę wieży szybu 2.1, budynku naszybia szybu 2.1, fundamentów wciągarki B-1100A, fundamentów windy frykcyjnej EPR 1000, kanału wentylacyjnego, dróg, placów, torów, oświetlenia terenu w LW „Bogdanka” S.A. pole Stefanów”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 października 2009 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „PEMUG” S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. (dalej: Konsorcjum PEMUG) wnieśli protest na następujące czynności zamawiającego:

- 1) czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czynności przyznania ocen spełniania tych warunków,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy pzp, tj. wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy MOSTOSTAL KRAKÓW S.A., ewentualne zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień bądź do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 albo 4 ustawy Pzp,
- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania czynności odrzucenia oferty MOSTOSTAL KRAKÓW S.A., ewentualne zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień bądź do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 albo 4 ustawy Pzp, zaniechanie wezwania wykonawcy MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ustawy Pzp.

Powyższymi czynnościami i zaniechaniem zamawiający zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 31, art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 31, art. 45 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia protestu.

Wskazując na powyższe protestujący wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności przyznania ocen spełniania tych warunków, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MOSTOSTAL KRAKÓW S.A., ewentualnie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub też wyjaśnienia treści tychże dokumentów,
- 3) dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy MOSTOSTAL KRAKÓW S.A.
- 4) dokonanie czynności ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli oferty o wynikach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W ocenie protestującego treść oferty MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

W załączniku nr 7 do SIWZ oraz w Szczegółowym opisie technicznym oferowanych rozwiązań MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. przy urządzeniu „Wciągarka 35T, Hp=70m” przedstawił urządzenie o parametrach udźwig= 32T i wysokości podnoszenia 23,0 m, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego oraz jest niezgodne z projektem budowlanym. Zamawiający wymagał bowiem urządzenia o udźwigu 35 ton i wysokości podnoszenia 70m.

Zamieszczone na str. 11 oferty MOSTOSTAL KRAKÓW oświadczenie Siemens Sp. z o.o. nie posiada pieczęci imiennych identyfikujących osoby pełnomocne do podpisywania zobowiązań Siemens Sp. z o.o. Nie wiadomo także, czy osoby podpisujące to oświadczenie są uprawnione do reprezentowania Siemens. Nie wiadomo ponadto, czy oświadczenie to składa Siemens Sp. z o.o. w Warszawie czy Siemens Sp. z o.o. Industrial Solutions&Services Metals&Mining.

MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. przedstawiła ofertę na „Formularzu ofertowym” niezgodnym z SIWZ. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ zał. 1 „Formularz ofertowy”, a MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. zamieścił w ofercie formularz niezmodyfikowany.

W wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. umieścił projektantów Biura Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach, którzy uczestniczyli w projektowaniu dokumentacji wchodzącej w zakres zadania. Zamawiający powinien wobec tego wykluczyć MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp lub wezwać do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Z załączonego do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika wartość oferty w kwocie 33.051.542,24 zł. Wartość oferty według „Formularza ofertowego” wynosi 33.951.542,24 zł. Na podstawie porównania tych dwóch wartości wynika, że MOSTOSTAL

KRAKÓW wykonywać będzie prace na wartość 900.000,00 zł netto poza okresem realizacji, jaki podał w ofercie, czyli 10 m-cy.

Zamawiający w SIWZ część I, rozdział X (Wymagania co do wadium) w punkcie 7 określił wymagania, jakie musi spełniać wadium w zakresie odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę. I tak zamawiający wskazał, że „wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Gwarancja bankowa z dnia 4 września 2009 roku wystawiona przez Citi Handlowy w Warszawie S.A. nie obejmuje przypadku utraty wadium z powodu nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp). Wykonawca MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. powinien być wobec tego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2009 roku uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Kraków S.A. i oddalił w pozostałej części.

W uzasadnieniu wskazał, że oferta wykonawcy Mostostal wydana przez CITI Bank Handlowy S.A. w Warszawie została sporządzona niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy Pzp, która precyzyjnie określa, że wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Tymczasem złożona przez wykonawcę Mostostal gwarancja wadialna nie obejmuje przypadku utraty wadium z powodu nie wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc przypadku określonego w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy. Taki błąd treści gwarancji wadialnej jest błędem nie podlegającym konwalidacji.

Jeśli zaś chodzi o przesłanki oddalenia pozostałych zarzutów protestu zamawiający stwierdził, że wykonawca Mostostal w załączniku na stronie 74 zaoferował wciągarkę o parametrach wymaganych przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego uchybienia przez wykonawcę Mostostal wymogu postawionego przez zamawiającego w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 15 SIWZ, polegającego na wadliwości dokumentu oświadczenia, że wykonawca jest producentem oferowanych wyrobów lub oświadczenia producenta o dostarczeniu przedmiotu zamówienia zamawiający stwierdził, że brak pieczęci identyfikujących osoby podpisujące dany dokument nie powoduje, iż jest on nieskuteczny i w tym przypadku wykonawca Mostostal nie naruszył żadnych postanowień ustawy Pzp i SIWZ -oświadczenie firmy Siemens uznano za ważne I

Podobnie rzecz się ma z treścią str. 74/75 i 79 oferty. W załączniku na str.74 (Szczegółowy opis techniczny oferowanych rozwiązań) wykonawca Mostostal podawał producenta urządzeń, a nie dostawcę. W złożonej ofercie dostawcą rozdzielnie produkcji firmy Simens będzie Elektromontaż –Lublin.

W zakresie zarzutu niezgodności formy formularza ofertowego zamawiający oświadczył, że istotnym dla postępowania i dla zamawiającego jest poprawność i zawartość merytoryczna oferty, a nie braki czy uchybienia w zakresie formy dokumentu. Jeżeli mimo niedochowania wymogów co do formy, wykonawca składa dokument poprawny merytorycznie, nie ma podstaw by taką ofertę uznawać za sprzeczną z SWIZ.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z powodu zamieszczenia w wykazie osób, jakimi wykonawca ten będzie dysponował przy realizacji zamówienia - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, z wyjątkiem autorów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, jeżeli przedmiotem zamówienia są prace projektowe wynikające z miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, sporządzonych przez tych autorów. Skutek wykluczenia z postępowania odnosi się wyłącznie do uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, a więc czynnościach określonych w rozdziale 2 działu II, a więc czynnościach związanych z określeniem przedmiotu zamówienia, określeniem wartości szacunkowej zamówienia (np. sporządzenie kosztorysu Inwestorskiego). Po trzecie, uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, tj. rezultat prac podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym jest wykorzystywany przez zamawiającego bez jego istotnej ingerencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt, iż wykonawca Mostostal będzie w przyszłości -w przypadku pozyskania zamówienia -korzystał z osób, które były autorami dokumentacji projektowej nie wyczerpuje przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 i nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy Mostostal z postępowania.

Odnośnie zarzutu sprzeczności treści Harmonogramu rzeczowo finansowego i treści formularza ofertowego w zakresie kwot w tych dokumentach ujawnionych, zamawiający stwierdza, że kwoty przedstawione w ofercie i kosztorysie ofertowym są takie same i wynoszą 33 951 542,24 zł netto. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego załączenie harmonogramu rzeczowo-finansowego nie było konieczne na tym etapie postępowania przetargowego dlatego nie był on oceniany przy ocenie ofert. Jako, że był to dokument nie

wymagany przez zamawiającego i nie podlegający ocenie, z jego treści nie można wyciągać negatywnych dla wykonawcy konsekwencji.

Od takiego rozstrzygnięcia protestu odwołanie złożyli Konsorcjum PEMUG oraz MOSTOSTAL KRAKÓW S.A.

Konsorcjum PEMUG podtrzymało zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. ze względu na niezgodność wartości wynikającej z formularza oferty i harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz ze względu na zaoferowanie przez MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. wciągarki o innych parametrach niż wymagane przez zamawiającego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania Konsorcjum PEMUG przystąpił po stronie zamawiającego MOSTOSTAL KRAKÓW S.A.

MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. zakwestionował rozstrzygnięcie protestu w zakresie dotyczącym złożenia przez niego gwarancji wadialnej. Przedłożona gwarancja bankowa spełnia w jego ocenie wszystkie wymagania SIWZ oraz ustawy Pzp, w szczególności zapewnia zamawiającemu możliwość skorzystania z tego zabezpieczenia we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 5 pkt 1, 2 i 3 Pzp. Brak literalnego wymienienia w gwarancji punktu 2 art. 46 ust. 5 Pzp, tj. przypadku utraty wadium spowodowanego nie wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w warunkach niniejszego przetargu nie oznacza, że przypadek ten nie jest objęty gwarancją wadialną. Zamawiający pominął bowiem w swoim rozstrzygnięciu fakt, że zgodnie z SIWZ wykonawca jest zobowiązany do ustanowienia zabezpieczenia i doręczenia dowodu jego ustanowienia zamawiającemu przed zawarciem Umowy (§ 10 pkt 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ), a więc zgodnie z SIWZ umowa nie może być zawarta, jeżeli wybrany wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym nie wniesienie takiego zabezpieczenia jest równoznaczne z odmową podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie przez wykonawcę (bo w ofercie wykonawca zgodził się podpisać umowę zgodnie z SIWZ, a więc po wniesieniu zabezpieczenia należytego jej wykonania), a także powoduje, iż zawarcie umowy staje się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (bo wykonawca nie wniósł zabezpieczenia, które warunkuje zawarcie umowy). Zamawiający ukształtował warunki tego konkretnego przetargu w taki sposób, że przypadek określony w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest objęty hipotezą pozostałych dwóch punktów art. 46 ust. 5, tj. punktu 1 - odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie oraz punktu 3 - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia przez MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. odwołania po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum PEMUG.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się MOSTOSTAL KRAKÓW S.A., a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołania są niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się mają interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający ich do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO/UZP 1583/09

Odwołujący się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „PEMUG” S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. podnieśli, iż wykonawca MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. w załączniku nr 7 do SIWZ oraz w Szczegółowym opisie technicznym oferowanych rozwiązań przy urządzeniu „Wciągarka 35T, Hp=70m” przedstawił urządzenie o parametrach udźwig 32T, wysokość podnoszenia 23m, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, który żądał urządzenia o udźwigu 35 ton i wysokości 70m.

„Szczegółowy opis techniczny oferowanych rozwiązań” zawierał wykaz urządzeń, jakimi wykonawcy będą się posługiwać przy realizacji niniejszego zamówienia. W ocenie Izby jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W myśl art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W rozpoznawanym zarzucie nie ulega wątpliwości, że dokument zatytułowany „szczegółowy opis techniczny zaoferowanych rozwiązań” zawierał błąd w zakresie parametrów wciągarki. Co do zasady zamawiający w takich przypadkach obowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu, jednakże w niniejszym przypadku zaszła przesłanka zwalniająca zamawiającego z obowiązku wezwania. Wykonawca MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. podlega bowiem wykluczeniu, a jego oferta winna być uznana za odrzuconą z uwagi na wadliwy dokument gwarancji wadialnej, w związku z czym zaniechanie wezwania tegoż wykonawcy do złożenia dokumentu należy uznać za zasadne.

Odwołujący się podniósł, iż w ofercie MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. istnieje rozbieżność w wartości oferty wynikającej z harmonogramu rzeczowo-finansowego (33 051 542,24 zł netto) oraz z formularza ofertowego (33 951 542,24 zł netto). Zdaniem odwołującego się oznacza to, że MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. wykonywać będzie prace o wartości 900 000,00 zł netto poza okresem realizacji, jaki podał w ofercie, czyli 10 m-cy. W ocenie odwołującego się zamawiający bezpodstawnie zaniechał czynności wezwania wykonawcy MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Analiza przepisu pozwala na wniosek, iż żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Wskazuje na to użyte w przepisie sformułowanie „może żądać”.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że to do zamawiającego należała decyzja, czy z przysługującego mu uprawnienia skorzystać czy nie. Zważywszy jednak na fakt, iż wykonawca MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. złożył wadliwy dokument gwarancji wadialnej, podlega on wykluczeniu z postępowania a jego oferta winna być uznana za odrzuconą Tym samym wzywanie tego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty byłoby niezasadne.

Sygn. akt KIO/UZP 1600/09

Odwołujący się MOSTOSTAL KRAKÓW S.A. do złożonej przez siebie oferty załączył dokument gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Handlowy w Warszawie, w której

gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty 1.500.000,00 zł stanowiącej wadium w przedmiotowym postępowaniu.

Stosownie do treści gwarancji gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium w przypadkach, gdy

- 1) Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie lub
- 2) Oferentowi zaproponowano zawarcie umowy na warunkach określonych w przetargu a:
 - a. Oferent odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub
 - b. Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta.

Wskazane wyżej okoliczności zapłaty wadium określone są w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Gwarancja nie obejmuje zaś przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Treść gwarancji nie zawiera również wskazania na art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, co mogłoby uzasadniać, że zobowiązanie z gwarancji dotyczy wszystkich wymienionych tam przypadków.

Nie ulega wątpliwości, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji.

Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Odwołujący się podnosił, iż to sam zamawiający w Rozdziale X ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako podstawę zatrzymania wadium wskazał jedynie przesłanki zawarte w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, z pominięciem punktu 2.

W istocie, wskazany zapis specyfikacji nie zawiera przesłanki, o której stanowi art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże w ust. 7 tego samego rozdziału zawarty jest zapis, iż

wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby przesądza to o tym, iż zamawiający prawidłowo poinformował wykonawców o podstawach zatrzymania wadium., jakie należy uwzględnić w dokumencie potwierdzającym wniesienie wadium. Należy jednakże zaznaczyć, iż nawet gdyby zamawiający nie uwzględnił w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, o których stanowi art. 46 ustawy Pzp, to i tak na wykonawcach jako profesjonalistach w obrocie gospodarczym spoczywałby obowiązek dołączenia do oferty gwarancji uwzględniającej wszystkie przypadki przewidziane ustawą.

Zatem, skoro gwarancja ani nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, ani nie odwołuje się w sposób ogólny do przepisu art. 46 Prawa zamówień publicznych, ani nawet nie można stwierdzić, że nieprawidłowa treść gwarancji wynika z niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, należy wykluczyć odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższego poglądu co do wadliwości gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego się w postępowaniu nie mogą zmienić wyjaśnienia zawarte w piśmie Banku Handlowego w Warszawie z dn. 21 października 2009 r. Pismo to zawiera co prawda wyjaśnienie intencji banku co do podstaw zabezpieczenia praw zamawiającego, lecz treść gwarancji pozostaje w sprzeczności z treścią pisma.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....