

WYROK

z dnia 6 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

ZPA Smart Energy s.r.o.

Komenského 821, Trutnov PSČ 541 01, Republika Czeska

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Vattenfall Distribution Poland S.A.

ul. Portowa 14a, 44-100 Gliwice

protestu z dnia 27 stycznia 2009 r.

przy udziale **Fabryki Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża Vattenfall Distribution Poland S.A. ul. Portowa 14a, 44–100 Gliwice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ZPA Smart Energy s.r.o. Komenského 821, Trutnov PSČ 541 01, Republika Czeska**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 812 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset dwanaście złotych dwadzieścia groszy) przez **Vattenfall Distribution Poland S.A. ul. Portowa 14a, 44–100 Gliwice** na rzecz **ZPA Smart Energy s.r.o. Komenského 821, Trutnov PSČ 541 01, Republika Czeska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ZPA Smart Energy s.r.o. Komenského 821, Trutnov PSČ 541 01, Republika Czeska**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bezpośrednich statycznych liczników energii czynnej dla potrzeb Vattenfall Distribution Poland S.A. w Gliwicach (nr sprawy: ZP/LZA/DR/12/2008), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 października 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 209–278172. Jak wynika z protokołu postępowania, tego samego dnia ogłoszenie to zostało zamieszczone na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia opublikowana na stronie internetowej. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 5.090.000,00 zł, tj. 1.312.836,90 euro.

Przed upływem terminu składania ofert złożono trzy oferty: Odwołującego z ceną 4.986.140 zł, Przystępującego z ceną 6.621.550 zł oraz PPH Politech Sp. z o.o. z ceną 22.945.760 zł.

20 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Powodem wykluczenia Odwołującego oraz PPH Politech Sp. z o.o. z postępowania było to, iż złożone przez nich bankowe gwarancje wadialne nie przewidują odpowiedzialności w sytuacji wskazanej przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, zwłaszcza decyzji o wykluczeniu Odwołującego.

Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, gdyż gwarancje wadialne nie przewidują odpowiedzialności banku w sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych – z powołaniem się tylko na orzecznictwo dotyczące przepisów i pominięciem warunków opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określeniem powstałej sytuacji jako sytuacji, w której Odwołujący nie wniósł wadium, mimo iż wadium zostało złożone. W związku z tym Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymagań opisanych w punktach 9.3.1., 9.4. i 10.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pominięta w „Streszczeniu oceny i porównaniu ofert” (druk ZP-21 protokołu postępowania).

Zdaniem Odwołującego czynności te nie zostały przeprowadzone zgodnie ustawą Prawo zamówień publicznych i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający zaniechał w stosunku do niego niektórych czynności, pomimo iż nie zaniechał ich w stosunku do Przystępującego przez co doprowadził do sytuacji, iż jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta Przystępującego, co powoduje podniesienie wartości brutto

zamówienia z 4.986.140 zł na 6.621.550 zł tylko z powodu zaniedbania formalnej strony procesu realizacji czynności w ramach przetargu. Wobec tego trzeba stwierdzić również, czy kierownik Zamawiającego nie prowadził działań na korzyść Przystępującego ze szkodą dla spółki zamawiającego. Poza tym określenie, że oferta nie spełnia wymagań punktów 9.3.1., 9.4. i 10.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odpowiada obiektywnej ocenie sytuacji bez uwzględnienia możliwych zarzutów Odwołującego. Odwołujący postawił następujące zarzuty:

1. Treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie była zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, ponieważ zobowiązywały one oferentów do przygotowania oferty zgodnie z tekstem ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W punkcie 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie określono, iż „wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu winno zawierać bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczenia wypłaty kwoty wadium na każde żądanie zamawiającego w wypadkach wymienionych przepisem art. 46 ust. 5. Ustawy.” Punkt ten nie jest powiązany z punktem 13.2.5., z czego wynika, iż Zamawiający ustanowił obowiązek wypłaty wadium tylko dla wypadków wymienionych przez art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli taka była wola Zamawiającego, Odwołujący nie mógł w inny sposób poręczyć wypłaty wadium, ponieważ inna gwarancja zostałaby wystawiona niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i mogłaby być odrzucona. Zamawiający nie uzupełnił specyfikacji istotnych warunków zamówienia o pełne wymagane brzmienie gwarancji i nie poinformował oferentów, że zakres gwarancji obowiązuje też w wypadkach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wprowadził zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia 29 października 2008 r., 6 listopada 2008 r. i 27 listopada 2008 r., jednak żadna z tych zmian nie dotyczyła wadium, a stan ten trwał aż do dnia złożenia oferty 4 grudnia 2008 r. Zamawiający stworzył więc dwuznaczną sytuację umożliwiającą mu stworzenie pozorów formalnych do wykluczenia wykonawców. Zamawiający twierdzi w decyzji o wykluczeniu,

iż wadium nie zostało wniesione, co nie odpowiada dokumentacji, ponieważ częścią oferty Odwołującego jest dokument gwarancyjny wystawiony w pełnym brzmieniu zgodnie z punktem 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie uzasadnienie jest więc sprzeczne z prawem – art. 24. ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyklucza oferentów, którzy nie złożyli wadium, a Odwołujący je złożył. Poza tym Zamawiający w decyzji o wykluczeniu nie podał artykułu ustawy, który jest podstawą do wykluczenia oferenta. Zamawiający naruszył więc swój obowiązek określony w art. 18 ust. 1 i art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wymaga, by specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała opis warunków udziału w postępowaniu i wymagania dotyczące wadium.

2. Zamawiający nie zawezwał oferentów do uzupełnienia dokumentu gwarancyjnego, aczkolwiek w przypadku Przystępującego tak uczynił żądając uzupełnienia dokumentu dotyczącego licznika trójfazowego, więc w sposób niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych zadecydował o wykluczeniu Odwołującego i PPH Politech Sp. z o.o. Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie art. 26 ust. 3 polega na tym, że zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia brakujących lub błędnych oświadczeń czy dokumentów, chyba, że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W wypadku Odwołującego sytuacja taka nie zachodzi, ponieważ bank czeski wystawił oświadczenie, że wystawi potrzebne gwarancje w pełnym zakresie. Zasada równego traktowania została naruszona, ponieważ Zamawiający wezwał do uzupełnienia tylko Przystępującego, pomimo iż braki nadające się do uzupełnienia wystąpiły także u pozostałych wykonawców. Dopiero nieuzupełnienie braków jest według art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą do wykluczenia.

Odwołujący zażądał więc, aby Zamawiający:

1. uchylił decyzję o wykluczeniu Odwołującego,

2. uzupełnił treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść punktu 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia o brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych,
 3. wezwał Odwołującego i PPH Politech Sp. z o.o. do uzupełnienia tekstu gwarancji bankowych (wadium) w ustawowo określonym terminie,
 4. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i korekty protokołu postępowania,
 5. przeprowadził kontrolę procesu przetargu przez Zarząd i Radę Nadzorczą w celu stwierdzenia, czy dotychczasowe postępowanie nie stwarza podstaw do niegospodarnych działań i naruszenia obowiązku przeprowadzenia zamówienia zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- Odwołujący oświadczył też, iż na pierwsze wezwanie Zamawiającego złożył dokument gwarancyjny banku czeskiego udzielający pełnej gwarancji i złożenia wadium w całym zakresie określonym specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ustawą Prawo zamówień publicznych.

29 stycznia 2009 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosiła Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. stwierdzając, iż bank Odwołującego nie gwarantuje Zamawiającemu wypłaty wadium w przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych i pkt. 13.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przepisy nie dopuszczają możliwości wzywania wykonawców do uzupełniania oferty o wadium, w tym do uzupełniania treści gwarancji bankowej stanowiącej wadium. Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania, ponieważ wadium nie mieści się w katalogu dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów o protokół badań MID nastąpiło zgodnie z przepisami.

9 lutego 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, który odrzucił w części dotyczącej żądania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oddalił w pozostałym zakresie.

Zamawiający stwierdził, iż, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W myśl przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 28 października 2008 r. Odwołujący wniósł protest 27 stycznia 2009 r., a więc w tej części został on wniesiony po upływie ustawowego terminu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zaś przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zaś przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 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. Zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać dla potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu zaś przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dokument potwierdzający

wniesienie wadium nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż wniesienie wadium nie jest warunkiem udziału w postępowaniu w rozumieniu przepisów wyżej przywołanego rozporządzenia. W katalogu dokumentów wymienionych przepisami tego rozporządzenia mieści się natomiast kserokopia Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (§ 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia). Zamawiający nie miał więc podstaw prawnych do wzywania wykonawców do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu gwarancji potwierdzającej wniesienie wadium, podczas gdy podstawa taka istniała wobec Przystępującego.

Na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. Stosownie do przyjętej w orzecznictwie wykładni wadium w formie gwarancji bankowej winno być wniesione w taki sposób, aby z treści oświadczenia gwaranta wynikało jednoznacznie, iż zobowiązanie z tytułu gwarancji będzie zrealizowane w przypadkach opisanych w ustawie i to pomimo, że przypadki te nie zostały wprost wymienione w treści gwarancji. Dla dochodzenia roszczeń wynikających z gwarancji bankowej niezbędne jest, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek zapisów ograniczających zakres odpowiedzialności gwaranta. Zamawiający uznał, iż wadium nie zostało wniesione, albowiem zobowiązanie gwaranta do wypłaty kwoty wadium nie obejmuje wszystkich sytuacji, w których ustawodawca obliuguje Zamawiającego do zatrzymania wadium. Nie mają znaczenia zarzuty Odwołującego dotyczące treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia na obecnym etapie postępowania, bowiem nie zostały one oprotestowane w terminie ustawowym.

Zamawiający pominął żądanie Wykonawcy przeprowadzenia kontroli procesu przetargu przez zarząd i radę nadzorczą, bowiem w ustawie Prawo zamówień publicznych brak podstawy prawnej do dokonania żądanej czynności.

19 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 23 lutego 2009 r.), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż specyfikacja istotnych warunków zamówienia w części określającej wadium nie została sporządzona zgodnie z tym przepisem,

2. art. 7 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ sposób postępowania Zamawiającego nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie możliwości uzupełnienia dokumentów,

3. art. 7 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności powinny wykonywać osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm, a osoby obiektywne uzupełniłyby specyfikację istotnych warunków zamówienia o zmiany w ustawie po 24 października 2008 r. i zavezwałyby do uzupełnienia wadium, natomiast obiektywne i bezstronne nie jest stwierdzenie, iż Odwołujący nie złożył wadium, kiedy złożył je w formie i treści zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

4. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – tekst wadium był typowo błędnym oświadczeniem, ponieważ na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący był zobowiązany tylko do zagwarantowania wadium warunków opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie było żądane w zakresie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający mógł wezwać wykonawców do usunięcia błędu w tekście gwarancji (wadium), ale zrobił to później, dopiero po wykluczeniu wykonawcy i nie ustosunkował się wobec złożenia nowego wadium przez Odwołującego, natomiast odrzucił protest Odwołującego i unieważnił postępowanie. Te czynności nie prowadziły do powstania sytuacji, w której Zamawiający mógł rzetelnie i zgodnie z intencjami ustawodawcy wybrać najkorzystniejszą ofertę. Ze względu na fakt, iż Odwołujący nie zna intencji osób podejmujących decyzję w sprawie przetargu, konieczne jest do stwierdzenia

faktów przeprowadzenie dowodów z zeznania świadków, którzy mają odpowiedzieć na pytania dotyczące przebiegu przetargu.

Odwołujący został wykluczony w sposób formalnie być może poprawny, ale celowy, ponieważ jego oferta była konkurencyjna technicznie i cenowo wobec innych wykonawców, a strona formalna jest traktowana jako najważniejsze kryterium dla zamawiającego i wykorzystywana jako powód formalny do naruszania uczciwej konkurencji, bowiem formalny brak, który zostałby natychmiast po wezwaniu usunięty, ma większą wagę w postępowaniu przed komisją przetargową niż wymagania techniczne czy cena.

W związku z tym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia decyzji o: unieważnieniu postępowania, odrzuceniu i oddaleniu protestu oraz wyborze najkorzystniejszej oferty,
 2. dokonania czynności wezwania do uzupełnienia treści dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ, w przypadku jego uwzględnienia, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Mimo że Zamawiający 9 lutego 2009 r. podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na to, że cena oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. oferty Przystępującego, przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

a czynność ta nie została oprotestowana – jakkolwiek jest negowana w odwołaniu – w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, odpadłyby przesłanki unieważnienia, gdyż cena oferty Odwołującego mieści się w kwocie przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała również, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego w negowaniu czynności Zamawiającego w stosunku do PPH Politech Sp. z o.o., a jedynie w obronie własnych interesów w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Bezsprzeczne między Stronami jest to, iż z treści gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc treść wadium jest wadliwa w stosunku do okoliczności powodujących zatrzymanie wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Taką sytuację, zgodnie z interpretacją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjętą w orzecznictwie i piśmiennictwie, powszechnie i jednoznacznie uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za postawę do wykluczenia wykonawcy zgodnie z dyspozycją tego przepisu.

Pomimo iż niewniesienie wadium stanowi przyczynę wykluczenia wykonawcy z postępowania wymienioną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (jakkolwiek związane jest z zabezpieczeniem oferty, a nie właściwościami i sytuacją wykonawcy wymienionymi w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), wadium, nawet wniesione w postaci dokumentu – gwarancji lub poręczenia, nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc nie podlega uzupełnieniu.

Działania podjęte przez Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wezwanie do przedłużenia wadium i wniesienie przez Odwołującego nowego wadium (gwarancji o poprawnej treści) nie konwaliduje niewłaściwie wniesionego wadium przedstawionego wraz z ofertą ani nie jest równoznaczne z wezwaniem do uzupełnienia

i uzupełnieniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jedynie zapewnia, iż wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do chwili ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Jednak przy rozpatrywaniu okoliczności sprawy należy wziąć pod uwagę również charakter i cel wadium oraz fakt, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji (jakkolwiek logiczne jest, iż powinna zawierać postanowienie dotyczące możliwości zatrzymania kwoty wadium w przypadkach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych). Jeżeli Zamawiający wymaga więc konkretnych postanowień w tej gwarancji, powinien określić je w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawcy mają obowiązek te wymagania spełnić. Jest to powszechnie przyjęte w praktyce udzielania zamówień publicznych i sprzyja przejrzystości postępowania oraz zachowaniu uczciwej konkurencji. W tej sytuacji, tj. gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii treści gwarancji, trudno mówić o jej pierwszeństwie przed postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wadium ma zabezpieczać interesy zamawiającego („odszkodowanie” za uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy), zatem wykonawca ma prawo przyjąć, iż poprzez żądanie określonej treści gwarancji zamawiający w sposób należyty o swoje interesy zadbał.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w rozdziale 12., punkcie 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł postanowienie, iż „wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu winno zawierać bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczenia wypłaty kwoty wadium na każde żądanie Zamawiającego w wypadkach wymienionych przepisem art. 46 ust. 5 ustawy.” W punkcie 13.2.5. zawarł natomiast informacje, w jakich przypadkach wadium zostanie zatrzymane – obejmujące wyłącznie okoliczności wymienione w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Swoją błąd Zamawiający tłumaczył tym, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia została sporządzona przed wejściem w życie

znowelizowanych przepisów. Modyfikacją z 6 listopada 2008 r. Zamawiający zmienił treść punktu 13.2.5. uzupełniając go o treść art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, nie objęła ona jednak punktu 12.3., jak stwierdził Zamawiający, przez zapomnienie.

Zamawiający zmienił więc postanowienia nieistotne, o charakterze informacyjnym, a nie zmienił istotnego, „prawnokształtującego” – zawierającego wymagania Zamawiającego w stosunku do wykonawców. Należy bowiem odróżnić rodzaje postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niektóre z nich są tylko informacjami np. o obowiązujących przepisach, natomiast inne to wymagania zamawiającego, na które wykonawcy muszą odpowiedzieć w ofercie, np. sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, lista wymaganych dokumentów, opis przedmiotu zamówienia, termin składania ofert, sposób oceny ofert, czy właśnie treść gwarancji wadialnej. Różne są również następstwa tych dwóch rodzajów postanowień. Część informacyjna, nawet jeśli zostaje błędnie przytoczona, nie wywoła skutków wbrew brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, np. zamawiający nie rozszerzy lub zawęzi przesłanek wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty czy zatrzymania wadium. Inne konsekwencje będą miały natomiast elementy „prawnokształtujące”, które będą musiały być zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym bardziej, iż czynności wykonawców związane ze złożeniem oferty wraz z czynnościami towarzyszącymi, jak wniesienie wadium, są nieodwracalne i nie można ich poprawić i zmienić po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający, jak podkreślał, nie miał obowiązku zamieszczania wszystkich informacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro jednak je zamieścił, powinny one być poprawne, a Zamawiający bierze za nie odpowiedzialność. Gdyby Zamawiający nie zawarł w punkcie 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu o cytowanej powyżej treści, wykonawca sam musiałby ustalić, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, jakie warunki zatrzymania wadium powinny być wskazane w gwarancji. Zamawiający jednak wprowadził wykonawców w błąd określając wymagania dotyczące wadium w sposób niezgodny

ze znowelizowanymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Bezsporne jest również to, iż wadium zostało wniesione zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W niniejszym postępowaniu obie Strony – Zamawiający i Odwołujący nie zachowały należytej staranności. Izba rozważając więc przedmiotową sytuację musiała stwierdzić, który interes powinien zyskać pierwszeństwo ochrony i czy dać pierwszeństwo zasadzie *ignorantia iuris nocet*, czy też zaufania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kierując się poczuciem słuszności i sprawiedliwości, a także biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba uznała, iż ważniejsza jest ochrona zaufania wykonawców do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi dla wykonawców w postępowaniu nie tylko źródło informacji, ale i *sui generis* źródło prawa. Skoro więc wykonawca złożył gwarancję wadium o treści wymaganej przez Zamawiającego, niesłuszne byłoby uznanie, że „nie wniósł wadium”, czyli zaszła przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i obarczenie go odpowiedzialnością za zaniedbanie Zamawiającego. Tym bardziej, iż z praktyki udzielania zamówień wynika, że jego obawy związane z możliwością postawienia przez Zamawiającego lub innych wykonawców zarzutu niezgodności treści gwarancji z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie są bezpodstawne.

Tak samo – jeśli Zamawiający w sposób dostateczny nie zabezpieczył swoich interesów, nie ma podstaw, by jego niedbałością obciążać inny podmiot.

Izba nie stwierdziła jednak naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający, jak już stwierdzono powyżej, nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu wadium, natomiast dokument, do uzupełnienia którego wezwał Przystępującego, mieści się w zakresie dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, iż w niniejszej sprawie przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w celu wyjaśnienia motywów działań podjętych przez

Zamawiającego w toku postępowania jest zbędne, gdyż są one dla Izby jasne w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych opisanie wymagań dotyczących wadium należy uznać za spóźniony w świetle art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście, zatem Izba nie odnosi się do żądań związanych z unieważnieniem postępowania.

Izba nie unieważnia również czynności rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, lecz orzeka co do istoty sprawy.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów prawa, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Sytuacja taka zachodzi w niniejszym przypadku.

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 na podstawie przedstawionych rachunków, stosownie do § 4 ust. 1 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, z 2008 r. 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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....