

Sygn. akt KIO/UZP 167/08

WYROK
z dnia 12 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sadowy Stanisław

Członkowie: Tubisz Renata
Bettman Barbara

Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o. (Lider), Energopol Szczecin S.A.; 97-427 Rogowiec, ul. Montażowa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **BOT Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów Rogowiec, ul. Energetyczna 7**, protestu z dnia 11.02.2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **BOT Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów Rogowiec, ul. Energetyczna 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości .4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o. (Lider), Energopol Szczecin S.A.; 97-427 Rogowiec, ul. Montażowa 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery zł) przez **BOT Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów Rogowiec, ul. Energetyczna 7** na rzecz **Konsorcjum firm: Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o. (Lider), Energopol Szczecin S.A.; 97-427 Rogowiec, ul. Montażowa 2**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o. (Lider), Energopol Szczecin S.A.; 97-427 Rogowiec, ul. Montażowa 2**

Uzasadnienie

BOT Elektrownia Bełchatów S.A. – zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą” ogłosiła przetarg nieograniczony na „Wykonanie rurociągu pary technologicznej wg PT U-28404 oraz instalacji hydroodpopielania na bloku 833 MW, zgodnie z dokumentacją Energoprojekt-Warszawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 20.11.2007 r. pod poz. 2007/S 223-272439.

W dniu 05.02.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty. W zawiadomieniu tym Zamawiający zawarł informacje o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Energomontaż – Północ Bełchatów Sp.z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz ENERGOPOL Szczecin S.A., zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”.

W dniu 11.02.2008 r. - faxem, a w dniu 12.08.2008 na piśmie do Zamawiającego wpłynął protest wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum firm, na czynności:

- 1) wykluczenia protestującego konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy;
- 2) badania i oceny ofert, a w konsekwencji na wybór oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe BINZ Sp. z o.o. w Bełchatowie, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. jako najkorzystniejszej i nie odrzucenie jej, mimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez ich zastosowanie „wobec oferty” protestującego konsorcjum;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 23 ustawy poprzez jego nie zastosowanie i nie odrzucenie oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., która została złożona przez osobę nie mającą prawidłowo udzielonego pełnomocnictwa;
- 3) art. 7 ustawy nakazującego zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- 4) art. 65 kc w zw. z art. 14 ustawy w wyniku nie przyjęcia oświadczenia PKO BP S.A. z dnia 02.01.2008 r., że zapis w gwarancji wadialnej Nr 05/43/GW/2008 o treści w niej wskazanej obejmuje przypadki wskazane w SIWZ.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty protestującego konsorcjum oraz odrzucenia oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowego BINŻ Sp. z o.o. w Bełchatowie, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Wybrana oferta konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowego „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. została podpisana przez osobę, która nie miała pełnomocnictwa udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum. Z dokumentu pełnomocnictwa z dnia 20.12.2007 r. wynika bowiem, iż Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowego „BinŻ” Sp. z o. o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. upoważniają Pana Mirosława Marszałka do reprezentowania konsorcjum, czyli pełnomocnictwo winno być udzielone przez wszystkich członków konsorcjum. Tymczasem, na dokumencie pełnomocnictwa zostały złożone podpisy członków zarządu reprezentujących Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., brak jest upoważnienia przez drugiego członka konsorcjum - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowego BINŻ Sp. z o.o. w Bełchatowie.

W świetle powyższego oferta została podpisana przez osobę działającą bez należytego umocowania a wobec tego oferta ta jest nieważna i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy winna zostać odrzucona.

2. Wykluczenie Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż zakwestionowana przez Zamawiającego gwarancja bankowa zawiera zabezpieczenie oferty zgodnie z wymaganiami postawionymi przez niego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”). Zapis Gwarancji wadialnej: „nie podpisał umowy (zwanej dalej umową) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy” obejmuje zapisy w brzmieniu określonym w rozdz. XII pkt 12 SIWZ. Potwierdził to Bank-wystawca Gwarancji w oświadczeniu z dnia 02.01.2008 r., tj. z daty udzielenia gwarancji bankowej. Zdaniem Odwołującego, Gwarancja wadialna nr 05/43/GW/2008 zawiera wszystkie niezbędne elementy gwarancji bankowej.

Odwołujący podniósł, iż w razie wątpliwości, o kwalifikacji prawnej gwarancji bankowej przesądzać powinna treść umowy ustalona w oparciu o reguły wykładni oświadczenia woli dokonywane zgodnie z regułami art. 65 par. 1 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Wykładnię

oświadczenia woli zawartego w udzielonej gwarancji wadialnej Bank – gwarant udzielił w ww. piśmie z dnia 02.01.2008 r.

Rozstrzygnięciem z dnia 18.02.2008 r. Zamawiający oddalił protest, w całości. Uznając protest za niezasadny Zamawiający wskazał, iż:

1) Przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą był fakt wniesienia wadium nie spełniającego wymagań określonych w rozdz. XII pkt 12 SIWZ i art. 46 ust. 5 Pzp.

W dołączonym do oferty Odwołującego wadium w formie gwarancji bankowej z dnia 02.01.2008 r., Bank-wystawca gwarancji zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty 200.000 zł na pierwsze żądanie Beneficjenta-Zamawiającego zawierające oświadczenie, że Oferent nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo wygrania przetargu: nie podpisał umowy lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W treści ww. gwarancji nie zawarto zapisu, że Bank zapłaci Zamawiającemu kwotę wadium także w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Brak ww. zapisu w złożonym wadium powodował, w ocenie Zamawiającego, że interesy Zamawiającego nie były w pełni zabezpieczone, gdyż treść wadium nie gwarantowała Zamawiającemu możliwości zatrzymania wadium we wszystkich przypadkach opisanych w art. 46 ust. 5 Pzp i pkt 12 rozdz. XII SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, wadliwej gwarancji wadialnej nie można było konwalidować po upływie terminu składania ofert oraz po podjęciu decyzji przez kierownika Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z postępowania o zamówienie. Dlatego, w dniu 01.02.2008 r. Zamawiający zwrócił Odwołującemu dokumenty, które otrzymał od Odwołującego w dniu 31.01.2008 r., zawierające oświadczenie Banku – wystawcy gwarancji z dnia 02.01.2008 r., iż udzielona przez Bank gwarancja wadialna załączona do oferty upoważnia Zamawiającego do zatrzymania wadium także w przypadku, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, że gdyby oświadczenie Banku co do treści gwarancji wadialnej otrzymał w terminie składania ofert, uznałby gwarancję wadialną za prawidłową.

2) Odnośnie zarzutu nie odrzucenia i wybrania jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. Zamawiający podniósł, iż „nie wiadomo na czym ma polegać interes prawny protestującego w żądaniu odrzucenia oferty”

tego Konsorcjum firm. Protestujące Konsorcjum złożyło ofertę zawierającą najniższą cenę a jedynym kryterium oceny ofert była cena. Gdyby nie zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, wówczas protestujące konsorcjum wygrałoby przetarg. Tak, więc wykorzystanie środków ochrony prawnej tylko, co do decyzji Zamawiającego w zakresie wykluczenia protestujących z postępowania i odrzucenia ich oferty w pełni zabezpiecza ich interesy. Jeżeli bowiem w wyniku wniesienia tych środków okazałoby się, że wykluczenie protestujących z postępowania i odrzucenie ich oferty było nieuzasadnione, wówczas Zamawiający powtórzy czynność oceny ofert z udziałem oferty protestujących i jako, że oferta ta zawierała najniższą cenę – wybierze ją jako najkorzystniejszą.

Protestujący nie mają więc interesu prawnego w kwestionowaniu oferty o cenie wyższej niż własna, gdy podstawą oceny ofert jest wyłącznie cena (wyrok ZA UZP z 10.05.2006 r. UZP/ZO/0-1288/06 Lex 202861).

Jednocześnie, Zamawiający zanegował zarzut z protestu, iż pełnomocnictwo dla Pana Mirosława Marszała dołączone przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. jest podpisane tylko przez jednego uczestnika konsorcjum, tj. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. Na dokumencie pełnomocnictwa znajduje się bowiem również „z prawej strony podpis Mirosława Marszała bez pieczętki imiennej reprezentującego jednoosobowo – zgodnie z wpisem do KRS dział 2 rubr. 1 - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie.

Od ww. rozstrzygnięcia protestu, w dniu 25.02.2008 r. konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. (Lider) oraz ENERGOPOL Szczecin S.A. wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty protestu. Odwołujący wniósł o: doprowadzenie postępowania do stanu zgodnego z prawem poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego; unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty; powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 04.03.2008 r. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych

„Mosty-Łódź” S.A. zgłosiło przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności SIWZ oraz treść oferty Odwołującego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Potwierdził się zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w wyniku tego wykluczenia, uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny i prawny sprawy.

W SIWZ, w rozdz. XII pkt 1-2, Zamawiający zobowiązał wykonawców składających oferty do wniesienia wadium w wysokości 200.000,00 zł, na okres związania ofertą, pod rygorem wykluczenia z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W pkt 12 przywołanego rozdziału SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- „odmówi podpisania umowy w sprawie zamówień publicznych na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Przesłanki zatrzymania wadium określone w SIWZ odpowiadają treści art. 46 ust. 5 Pzp.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A.: gwarancja wadialna nr 05/43/GW/2008 z dnia 02.01.2008 r.

W dokumencie gwarancji bankowej Bank-wystawca gwarancji określił, przede wszystkim, beneficjenta – Zamawiającego jako podmiot uprawniony do wykonywania uprawnień wynikających z gwarancji, a także wykonawcę („Oferenta”) zlecającego udzielenie gwarancji bankowej, wskazał postępowanie o zamówienie, poprzez podanie jego nazwy i numeru referencyjnego, wysokość wadium, a także zawarł inne elementy, których prawidłowości Zamawiający nie zakwestionował.

Ponadto, Wystawca gwarancji oświadczył, cyt.: „działając na zlecenie Oferenta, zobowiązujemy się nieodwołanie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam (tj. Zamawiającemu) każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej łącznie 200.000,00 zł na pierwsze pisemne Wasze żądanie zapłaty, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta i zawierające oświadczenie, że Oferent nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo wygrania przetargu: 1) nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową”) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.

Zamawiający zakwestionował prawidłowość ustanowionego zabezpieczenia w wyniku uznania, że wśród przesłanek zatrzymania wadium (wraz z odsetkami) przedmiotowa gwarancja bankowa „nie przewiduje możliwości zatrzymania przez Zamawiającego wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, tj. przesłanki zatrzymania wadium określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił otrzymanego w dniu 30.01.2008 r. – za pomocą faksu oraz w dniu 02.01.2008 r. na piśmie oświadczenia Banku – wystawcy gwarancji, datowanego na dzień wystawienia przedmiotowej gwarancji wadialnej (02.01.2008 r.), złożonego w oparciu o art. 65 par. 1 K.c., uznając je za spóźnione. Zamawiający pominął zatem oświadczenie Banku-gwaranta, który potwierdził, iż Gwarancja wadialna Nr 05/43/GW/2008 stanowi wymagane zabezpieczenie zapłaty ustalonej przez Zamawiającego kwoty wadium.

W oświadczeniu, zawierającym wykładnię autentyczną, Bank - wystawca Gwarancji wadialnej Nr 05/43/GW/2008 r. wyjaśnił i potwierdził, przede wszystkim, iż, zapis w ww. Gwarancji wadialnej, o treści: „(...) Oferent nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo wygrania przetargu: 1) nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową”) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy” obejmuje zapisy w brzmieniu określonym w Rozdziale XII pkt 12 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Sektorowego (...).”

Potwierdził, że „PKO BP SA zobowiązuje się nieodwołanie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Beneficjenta BOT Elektrownia Bełchatów SA w Rogowcu każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej 200.000,00 PLN (...) w przypadku, gdy Oferent nie zastosował się do warunków oferty i pomimo wygrania przetargu:

- odmówi podpisania umowy w sprawie zamówień publicznych na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

W złożonych wyjaśnieniach Bank - gwarant podkreślił, iż „Gwarancja wadialna Nr 05/43/GW/2008 r. w pełni zabezpiecza interes Beneficjenta i jest zgodna ze złożoną specyfikacją”.

Zamawiający uznał, iż złożona gwarancja bankowa jest niezgodna z rozdz. XII pkt 12 SIWZ i art. 46 ust. 5 Pzp i wykluczył Odwołującego z postępowania o zamówienie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz uznał jego ofertę za odrzuconą, o czym w dniu 05.02.2008 r. poinformował Odwołującego.

Rozpoznając przedstawiony zarzut odwołania, skład orzekający Izby zważył.

Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia publicznego jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawców przystępujących do przetargu nieograniczonego (art. 45 ust. 1 i art. 46 ust. 3), a także w innych trybach określonych w ustawie, wniesienia wadium. Wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia kosztów ponoszonych przez zamawiającego i służy ochronie jego interesów. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają, jakie postanowienia (zapisy) winien zawierać dokument wadialny, którego wystawcą jest bank.

Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.), gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Udzielenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Dokument gwarancji bankowej powinien zawierać nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wypłaty kwoty określonej w gwarancji, na pisemne (pierwsze) żądanie zamawiającego.

Gwarancja bankowa winna określać warunki zapłaty przez bank-gwaranta świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji. Przesłanki zatrzymania wadium (wraz z odsetkami) zostały określone w art. 46 ust. 5 Pzp. Postanowienia w tym zakresie, zarówno SIWZ, jak i gwarancji bankowej winny być co do treści zgodne z tym przepisem (przyczącać treść tego przepisu, bądź na ten przepis wskazywać), winny być jednoznaczne i nie budzić wątpliwości.

W wyniku analizy postanowienia Gwarancji wadialnej nr 05/43/GW/2008 r., iż określone w Gwarancji przesłanki zapłaty Zamawiającemu gwarantowanej kwoty, tj. sytuacja, w której „Ofertant nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo wygrania przetargu: 1) nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową”) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy” obejmują również określoną w art. 46 ust. 5

pkt 3 Pzp przesłankę zatrzymania wadium. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego, w świetle którego przytoczone wyżej sformułowanie: „nie podpisał umowy” lub „odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy” wyczerpuje określone w art. 46 ust. 5 Pzp przesłanki zatrzymania wadium. Zwrot „nie podpisał umowy” pozwala na zaspokojenie się z gwarancji zarówno w sytuacji, gdyby Odwołujący odmówił podpisania umowy, jak również, gdyby jej podpisanie (zawarcie) nie było możliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Również z oświadczenia Banku-gwaranta dotyczącego Gwarancji wadialnej nr 05/43/GW/2008 r., złożonego w oparciu o art. 65 par. 1 Kc wynika, że udzielona gwarancja wadialna jest prawidłowa i w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego. Gwarancja ma bowiem charakter samodzielny i nieakcesoryjny, z czego wynika niemożność podniesienia przeciwko beneficjentowi gwarancji (Zamawiającemu) zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją.

Wyjaśnienie Banku-gwaranta z dnia 02.01.2008 r. nie jest elementem oświadczenia - Gwarancji wadialnej nr 05/43/GW/2008, z tej samej daty, jedynie potwierdza zakres świadczeń Gwaranta określony w wystawionej Gwarancji.

2. Skład orzekający Izby oddalił odwołanie w części zawierającej zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. W zakresie tego żądania Odwołujący nie posiada interesu prawnego, stanowiącego materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, w myśl art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wykazał zaistnienia uszczerbku w jego interesie prawnym, ani możliwości wystąpienia takiego uszczerbku w żądaniu odrzucenia tej oferty, którego ewentualne spełnienie pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Oferta Odwołującego zawiera bowiem niższą cenę niż oferta, której odrzucenia Odwołujący się domaga, a cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie.

Wobec nie wykazania interesu prawnego, zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....