

Sygn. akt KIO/UZP 402 / 09

WYROK
z dnia 09 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Barbara Bettman

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: INFRA S.A., SOBET S.A. Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przeźmierowo ul. Skórzewska 35** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o. o., 41-902 Bytom Pl. Tadeusza Kościuszki 11** protestu z dnia **10 marca 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o. o., 41-902 Bytom Pl. Tadeusza Kościuszki 11

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 uiszczonego przez **Konsorcjum: INFRA S.A., SOBET S.A. Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przeźmierowo ul. Skórzewska 35,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o. o., 41-902 Bytom Pl. Tadeusza Kościuszki 11** na rzecz **Konsorcjum: INFRA S.A., SOBET S.A. Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przeźmierowo ul. Skórzewska 35,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: INFRA S.A., SOBET S.A. Wysogotowo k. Poznania, 62- 081 Przeźmierowo ul. Skórzewska 35**

U z a s a d n i e n i e

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/S 248-330585 z 20 grudnia 2008 r

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest:
"Poprawa Gospodarki Wodno Ściekowej na terenie Gminy Bytom (2004/PL/16/C/PE/004)
Zadanie nr 4/Kontrakt nr 4 na Roboty Budowlane, (Część A) "Remont kanału sanitarnego w ul. Katowickiej (odcinek od ul. dr Rostka do ul. Korfantego) oraz w ul. Korfantego do ul. Krakowskiej Bytom Śródmieście" oraz (Część C) Modernizacja kanalizacji deszczowej w Śródmieściu."

Zamawiającym jest Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne.

Odwołującym jest Konsorcjum Wykonawców: Lider Konsorcjum INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo i Partner Konsorcjum: SOBET S.A. z siedzibą w Brzegu ul. Starobrzieszka 67, 49 -305 Brzeg zwany dalej "Odwołującym".

Odwołanie zostało złożone dnia 27 marca 2009 r. na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm. Dz. U. 2008r. nr 171 poz.1058) zwanej dalej "ustawą" od rozstrzygnięcia protestu (oddalenia protestu) wniesionego w dniu 11 marca 2009 roku przez Odwołującego, które nastąpiło w dniu 18 marca 2009 r.

Podstawą wniesienia protestu była czynność Zamawiającego:

1. wybór w dniu 2 marca 2009 r. najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenie z postępowania Odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

W ocenie Odwołującego wykluczenie jego z postępowania nastąpiło pomimo, iż złożył w terminie wadium, które spełniało wszystkie wymagania formalne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenie przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich oferentów, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności poprzez dokonanie błędnej i niekorzystnej dla Odwołującego wykładni treści gwarancji przetargowej;
2. art. 46 ust. 4a ustawy poprzez: a) błędne jego zastosowanie, tj. przyjęcie, iż brak wskazania w treści gwarancji przetargowej, iż "Zamawiający zatrzymuje wadium wraz odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie" skutkuje, iż gwarancja nie zabezpiecza praw Zamawiającego we wskazanej sytuacji, a tym samym treść gwarancji narusza postanowienia SIWZ oraz ustawy, b) błędna jego wykładnię, w tym przyjęcie, iż jego treść winna stanowić element treści oświadczenia woli zawartego w gwarancji przetargowej, której brak stanowi wadę formalną gwarancji;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo faktu, iż Odwołujący złożył w

terminie wadium spełniające wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ;

4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy , poprzez jego błędne zastosowanie, tj. odrzucenie oferty Odwołującego;

ewentualnie

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, iż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na naruszeniu przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty oraz mając na uwadze nie tylko interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ale także biorąc pod uwagę interes publiczny w efektywnym i legalnym wydatkowaniu środków publicznych,

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia;
3. unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 2 marca 2009r
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. ewentualnie, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wskazuje, iż jego interes prawny w złożeniu odwołania polega na tym, iż jego oferta w oparciu o zasadę oceny ofert zawierała cenę najniższą, a przez to najkorzystniejszą. Ponadto bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, odbiera Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego doznał uszczerbku, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono w szczególności następującą argumentację formalno-prawną.

Odwołujący wniósł protest w dniu 11 marca 2009 roku, pismem z dnia 10 marca 2009r.

O podstawie wniesienia protestu Odwołujący powziął wiadomość w dniu 3 marca 2009 roku.

W dniu 18 marca 2009 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu Odwołującego poprzez oddalenie protestu w całości.

Odwołujący uzasadniając zarzuty wskazał na bezpodstawność wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z treścią pkt 10 ppkt 2 SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), wadium może być wniesione w formie gwarancji bankowych (pkt 1 lit c). W przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, musi być ona co najmniej gwarancją: bezwarunkową, nieodwoalną i płatną na pisemne żądanie Zamawiającego. Gwarancja musi być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy:

- a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), Gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) określenie przedmiotu postępowania,
- c) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,
- d) kwotę gwarancji,
- e) termin ważności gwarancji,
- f) zobowiązanie gwaranta do: "zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano: odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy."

W ocenie Odwołującego treść przedłożonych przez Odwołującego gwarancji przetargowych nie budzi żadnych wątpliwości. Gwarant zobowiązał się nieodwoalnie i bezwarunkowo do zapłacenia określonej kwoty na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, doręczone Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując wykładni treści wskazanych powyżej oświadczeń woli w sposób błędny konkluduje, iż naruszają one treść ustawy i SIWZ w zakresie, w jakim Odwołujący podlega obowiązkowi określonymu w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy.

Gwarancje przetargowe mają charakter nieodwoławalny i bezwarunkowy.

Bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy kreują obowiązek zapłaty określonej kwoty (wadium) po stronie Odwołującego niezależnie od faktu, czy przypadek ten został wskazany w treści gwarancji przetargowych.

Gwarant na pierwsze żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami SIWZ w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy dokonałby bezwarunkowej wypłaty bez jakichkolwiek zastrzeżeń.

Tym samym, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy Gwarant odmówi uiszczenia na rzecz Zamawiającego takiej wypłaty.

Zgodnie z przepisem art. 65 k.c. - oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów UZP z dnia 20 marca 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-270/07, dotyczącym kwestii analogicznej - "wadium złożone w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, upoważniających Zamawiającego w przypadku ich zaistnienia do zatrzymania wadium. Należy podkreślić, że prawo zatrzymania wadium przysługuje Zamawiającemu z mocy prawa. Prawo to ma zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Prowadzi to do wniosku, że per analogia brak w treści gwarancji bankowej klauzuli będącej dokładnym brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy nie może powodować wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Nie zamieszczenie przez Odwołującego na dokumencie gwarancji informacji zawartych w pkt 10.6.2. SIWZ nie powoduje nieważności gwarancji bankowej zabezpieczającej zapłatę wadium.

Nadto, punkt 6 ppkt 1 SIWZ określa przesłanki, w jakich wadium ulega utracie. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Dodatkową podstawę zatrzymania wadium wskazuje pkt 6 ppkt 2 SIWZ. Zgodnie z jego treścią Zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania wadium wraz z odsetkami, w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Treść pkt 10.2.2. lit. a-f. SIWZ wskazuje wprost na konieczność zamieszczenia na dokumencie gwarancji bankowej zobowiązania (oświadczenia) o treści wskazanej w tym przepisie. Dokładna formuła zobowiązania została przez Zamawiającego określona poprzez umieszczenie jej w cudzysłowie. Powinna ona zatem brzmieć (zgodnie z pkt 10.2.2. lit f SIWZ): Wykonawca zobowiązuje się do "zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano:

- Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub
- Nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy."

Powyższe sformułowanie wskazuje wprost na intencję Zamawiającego, którego celem było wskazanie treści zobowiązania w celu ułatwienia wykonawcom dokonywania formalności związanych z przygotowaniem oferty i uniknięcia błędów.

W ocenie Odwołującego przyjęcie założenia, polegającego na tym, że informacje jakie winny znaleźć się na dokumencie gwarancji bankowej wyszczególnione zostały również w innych punktach SIWZ jest całkowicie nie akceptowalne. W szczególności należy poddać w wątpliwość fakt, na który powołuje się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, polegający na tym, że pkt 6 określa dodatkowe informacje jakie bank-gwarant winien zawrzeć na dokumencie gwarancji. Takie założenie jest absurdalne. Punkt 10.6.1. i 10.6.2. SIWZ nie

został w sposób funkcjonalny połączony z wymogami jakie wynikają z treści pkt 10.2.2 SIWZ. Przyjęcie innego założenia prowadzi do absurdu w postaci konieczności zamieszczenia na dokumencie gwarancji bankowej wszelkich informacji jakie Zamawiający umieścił w pkt 10 SIWZ.

Reasumując Odwołujący stwierdza, że nie zamieszczenie przez Odwołującego na dokumencie gwarancji informacji zawartych w pkt 10.6.2. SIWZ nie powoduje nieważności gwarancji bankowej zabezpieczającej zapłatę wadium.

Art. 46 ust. 4a ustawy wszedł w życie z dniem 24 października 2008 roku. SIWZ został ogłoszony już po tej dacie. Zamawiający, mimo to nie wskazał, iż treść przepisu art. 46 ust. 4a PZP winna być uwzględniona w treści gwarancji.

W niniejszym postępowaniu fakt, iż dwóch wykonawców przedstawiło wadium zgodnie z SIWZ, lecz bez wskazania przypadku określonego w art. 46 ust 4a ustawy w treści gwarancji, bezsprzecznie dowodzi, iż SIWZ została sporządzona w sposób naruszający uczciwą konkurencję, niezgodnie z ustawą, jak również w sposób wprowadzający w błąd wykonawców. Co więcej, wadliwość SIWZ -w przypadku Odwołującego miała istotny wpływ na wynik postępowania.

Bezwarunkowy charakter gwarancji oraz okoliczność, iż zostały one złożone w postępowaniu o zamówienie publiczne wywołuje taki skutek, że to ustawa, w zakresie bezwzględnie obowiązującym, definiuje przypadki jej wykonania.

Odwołujący załączył do niniejszego odwołania odpis pism Gwaranta, który złożył oświadczenie, iż treść udzielonych gwarancji obejmowała również sytuację określoną w art. 46 ust. 4a ustawy.

Co do naruszenia zasady obowiązku zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Działanie Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i naruszające zasady uczciwej konkurencji. Wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o twierdzenie, iż przedstawiony przez niego dokument gwarancji bankowej sporządzony został niezgodnie ze SIWZ jest bezpodstawne.

Odwołujący podniósł, że pkt 10.2. SIWZ określa -zgodnie z tytułem formę wniesienia wadium. Zamawiający więc celowo dokonał podziału pkt 10 na podpunkty według poszczególnych zagadnień, których punkty te mają dotyczyć.

Działanie Zamawiającego narusza normy zawarte wprost w treści art. 7 ust. 1 i 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP. Naruszenie polega w głównej mierze na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich oferentów. W konsekwencji tego Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania pomimo faktu, że ten złożył w terminie wadium spełniające wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Bowiem postanowienia SIWZ wydawały się klarowne i nie budziły wątpliwości. Wykluczenie spowodowało natomiast natychmiastową reakcję ze strony Odwołującego w postaci złożenia protestu na rozstrzygnięcie postępowania.

Co do nieważności postępowania.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący z ostrożności podnosi, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego, iż wadium wniesionego przez Odwołującego nie sposób uznać za wniesione w sposób prawidłowy, uchybienie Zamawiającego polegające na błędnym sformułowaniu przesłanek utraty wadium ocenić należy jako działanie naruszające przepisy ustawy art. 46 ust. 4a ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy. Wpływ tego naruszenia na przepisy ustawy jest oczywisty z uwagi na okoliczność, iż najkorzystniejszą cenę (jedyne kryterium) w przedmiotowym postępowaniu zaoferował Odwołujący. Co za tym idzie Zamawiający, na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, winien unieważnić postępowanie z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, umowa jest nieważna, wówczas, gdy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania.

W złożonym proteście Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

ewentualnie:

1. art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy

oraz przedstawił argumentację formalno – prawną jak w odwołaniu.

Pismem z dnia 18.03.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości.

Dołączony do oferty dokument: - dla Części A • Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa Nr PO/032/32/GP/2009 -dla Części C . Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa Nr PO/032/31/GP12009 nie zawiera wprowadzonej nowelizacją ustawy klauzuli: "Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie" (art. 46 ust 4a ustawy).

Przeciwnie niż wywodzi Odwołujący, Zamawiający dopełnił obowiązku wynikającego z treści art. 36 ust 1 pkt 8 ustawy t.j. wskazania w SIWZ wymagań dotyczących wadium, a w tym przedstawił komplet przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej. Jedynie niewładze Protestującego należy przypisać przyczynę wystąpienia ww. wady złożonego dokumentu. W tym względzie chybiony jest także podniesiony w proteście zarzut rzekomego zredagowania niespójnych ze sobą dokumentów.

Protestujący w swoim wystąpieniu w sposób niedopuszczalny dokonał wybiórczej interpretacji zapisu dotyczącego zawartości gwarancji wadium pomijając jego fragment stanowiący, że gwarancja ma być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem. Niezależnie bowiem od powyższego, w aktualnym stanie prawnym w kwestii zatrzymania wadium obowiązuje przepis ust 4a art. 46 Pzp oparty na odrębnej przesłance. Zamawiający uwzględnił to w SIWZ w punkcie 10 pod tytułem: "Wadium", stanowiącym skondensowaną formę uregulowania tej problematyki.

W ocenie Zamawiającego punkt 10 SIWZ należy odczytywać w całości nie pomijając zawartego w nim podpunktu szóstego.

Warunku tego dopełnili generalnie wykonawcy, którzy złożyli w niniejszym postępowaniu oferty. Zamawiający nie może zatem w żadnym razie postępować wbrew interesowi wykonawców, którzy prawidłowo zabezpieczyli swoje oferty, To Odwołujący, wbrew swojemu twierdzeniu nie złożył wadium spełniającego wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4, a tym bardziej art. 7 ust. 1 i 3 ustawy jest bezpodstawny, tym bardziej, że wymagania zawarte w SIWZ zostały określone w sposób, który nie dyskryminuje żadnego z potencjalnych oferentów, Podobnie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 pkt 8 w kontekście art, 36 ust 1 pkt 8 ustawy.

Co do warunkowego określenia zarzutu naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie i wskazuje na okoliczność braku interesu prawnego Odwołującego w dokonaniu czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Na koniec Zamawiający stwierdza, że podkreślenia wymaga okoliczność, iż w stosownym czasie nie wniesiono żadnego protestu ani nie zażądano wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy w odniesieniu do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 07.04.2009r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta posiada najkorzystniejszą cenę w obydwu zadaniach to jest A i C, przy jedynym kryterium oceny ofert - cena, co wypełnia dyspozycję art.179 ust.1 ustawy.

Odwołanie dotyczy zarzutu wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy i odrzucenia oferty na podstawie art.24 ust.4 ustawy z powodu nie przedłożenia przez Odwołującego wadium.

W ocenie Zamawiającego przedłożona gwarancja wadialna ubezpieczeniowa nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ, ponieważ w gwarancji nie przewidziano jednego z ustawowych wymogów dotyczących prawa zatrzymania wadium, w przypadku gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Z kolei w ocenie Odwołującego warunki zatrzymania wadium są regulowane przepisami bezwzględnie obowiązującymi to jest powszechnie obowiązującymi regulowanymi przepisami ustawy, w związku z tym na ważność gwarancji nie ma wpływu wyliczenie, bądź nie wyliczenie wszystkich ustawowych przesłanek zatrzymania wadium.

Ponadto wskazał na regulację SIWZ, która wskazuje literalne wymogi treści gwarancji wadialnej w zakresie zatrzymania wadium.

Odwołujący na wypadek nie uwzględnienia argumentacji Odwołującego co do prawidłowej treści gwarancji wadialnej składa ewentualny wniosek o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy.

Z ustaleń Izby wynika co następuje.

Zamawiający w SIWZ to jest w Części I pn. Instrukcja dla wykonawców przewidział w spisie treści pkt 10 pn. Wadium.

W punkcie tym Zamawiający dokonał następującego wydzielenia podpunktów : 1. Wysokość wadium, 2. Forma wadium, 3. Miejsce i sposób wniesienia wadium, 4. Termin wniesienia wadium, 5. Zwrot wadium, 6. Utrata wadium.

Z uwagi na przyczynę uznania wadium Odwołującego za wadliwe oraz przywoływane przez Odwołującego i Zamawiającego regulacje SIWZ należy wskazać na punkty 2 i 6

Punkt 2 "Forma wadium" zawiera następujące elementy:

- 1) wskazanie form w jakich może być wniesione wadium;
- 2) wymogi co do wadium gdy ma ono postać gwarancji w szczególności zawarto przywoływany przez strony zapis o treści ..."Gwarancja ma być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy: ... f) zobowiązanie gwaranta do: "zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano:

- Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub
- Nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy."

Punkt 6 "Utrata wadium" zawiera następujące elementy:

1. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

1. Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub
2. Nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
3. Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

2. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W zakresie, objętych sporem, twierdzeń stron SIWZ nie zawiera innych regulacji.

Natomiast regulacje ustawowe w zakresie warunków zatrzymania wadium są uregulowane w art. 46 ust.4 a i ust.5 ustawy i co do swojej treści literalnie odpowiadają regulacjom zawartym w SIWZ.

Z kolei przedstawione do oferty, gwarancje ubezpieczeniowe w zakresie Części A i C wskazują na nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, że Wykonawca wybrany:

1. Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
2. Nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
3. Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Ustawa w art. 45 ust.4a i 5 zawiera regulacje dotyczące podstaw prawnych zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

W przypadku gdy wadium jest wnoszone w formie pieniężnej, Zamawiający zatrzymuje wadium, którym dysponuje na podstawie wpłaty wymaganej kwoty wadium na rachunek bankowy, wskazany przez Zamawiającego (art. 46 ust.7 w związku z art.36 ust.1 pkt 8 ustawy).

Natomiast w przypadku wadium niepieniężnego, zamawiający wykonuje prawo zatrzymania wadium przez wezwanie gwaranta do wypłaty kwoty wadium, na podstawie oświadczenia, zawierającego okoliczności upoważniające zamawiającego do wezwania do wypłaty wadium. Okoliczności upoważniające Zamawiającego do wezwania do zapłaty wadium ustawa reguluje w sposób taksatywny w art. 46 ust.4 a i 5 ustawy.

Natomiast art. 36 ust.1 pkt 8 ustawy wskazuje na obowiązek zamawiającego do uregulowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów co do wadium. Można zgodzić się z poglądem reprezentowanym przez Odwołującego co do bezwzględnego charakteru przepisów regulujących wadium, a w szczególności co do okoliczności ,w których następuje zatrzymanie wadium.

Niemniej należy zwrócić uwagę na treść art. 1 ustawy zgodnie z którym ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrole udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

Z powyższego uregulowania oraz uregulowań o wadium (art. 45 i 46 ustawy) wynika, że ustawa nie reguluje stosunku zobowiązaniowego gwaranta ubezpieczeniowego czy bankowego (art. 45 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy) z zamawiającym, a jedynie reguluje stosunki między wykonawcą a zamawiającym.

W związku z powyższym bezwzględność obowiązywania przepisów ustawy nie można odnieść do stosunków pomiędzy zamawiającym a gwarantem, mających charakter

stosunków cywilnoprawnych regulowanych na zasadach ogólnych materii prawa cywilnego, a nie przepisów szczególnych jakimi są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym o zakresie odpowiedzialności gwaranta z ubezpieczeniowej lub bankowej gwarancji przetargowej decyduje wystawiony przez gwaranta dokument wadium. Dlatego też ustawodawca w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy określił między innymi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wymagania dotyczące wadium. Z literalnego brzmienia ustalonej SIWZ przez Zamawiającego wynika, że Gwarancja ma być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy: ...f) zobowiązanie gwaranta do: "zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano:

- Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub
- Nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy."

Bezspornym w sprawie jest, że w gwarancjach ubezpieczeniowych Odwołującego powyższe okoliczności obowiązku zapłacenia kwoty gwarancyjnej są wymienione.

Natomiast gwarancje ubezpieczeniowe Odwołującego nie zawierają obowiązku zapłaty wadium w przypadku, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie miał obowiązku zamieszczenia w dokumencie gwarancyjnym powyższych okoliczności obligujących gwaranta do zapłaty wadium, ponieważ tak jak wyżej wskazano Zamawiający sformułował wytyczne dla wykonawców co do treści dokumentu gwarancyjnego i nie zapisał w nich brzmienia art.45 ust.4 a ustawy.

Nie upoważnia również do takiego wniosku stwierdzenie w SIWZ, że gwarancja ma być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami, skoro bezpośrednio pod takim stwierdzeniem Zamawiający w sposób taksatywny wymienia okoliczności obligujące do zapłaty gwarancji.

W ocenie Izby nie upoważnia również do takiego wniosku ppkt 6 Utrata wadium pkt 10 Wadium, gdzie Zamawiający w pkt 2 tegoż ppkt 6 wymienia dyspozycję art.46 ust.4a ustawy, ponieważ odnosi się on tylko do podania okoliczności utraty wadium, a nie jak ppkt .2 Forma wadium, gdzie Zamawiający wprost wymienia jakie zobowiązania gwaranta do zapłaty wadium powinny być wymienione w gwarancji.

W związku z tak sformułowanymi w SIWZ warunkami co do zapłaty kwoty gwarancji wadium, Zamawiający nie był upoważniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania

na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy i odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust.4 ustawy.

Niemniej z uwagi na to, że dokument gwarancji powinien określać warunki zapłaty kwoty wadium, a ustawa warunki te reguluje w bezwzględny sposób w stosunkach między zamawiającym a wykonawcą, to zasadnie Odwołujący podniósł wniosek o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z powodu niemożności zawarcia ważnej umowy.

W ocenie Izby nieważność umowy zachodzi wobec dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy to jest art.146 ust.1 pkt 5 w związku z art.93 ust.1 pkt 7 ustawy.

Rozbieżność SIWZ pomiędzy pkt 10 ppkt 2 i ppkt 6 spowodowała, że wykonawcy nie mogli złożyć ofert z prawidłowo wniesionym wadium w formie innej niż pieniężna. Zamawiający biorąc pod uwagę pkt 10 ppkt 2 powinien był uznać postanowienie gwarancji bankowych o treści wymaganej w pkt 10 ppkt 2 lit.f za zgodne z treścią SIWZ, choć sprzeczne z wymogami prawa.

Natomiast wprowadzenie do treści wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia gwaranta o treści art.46 ust.4a jest sprzeczne z wymogami SIWZ, choć zgodne z wymogami prawa. Tym samym wadliwe postanowienia SIWZ doprowadziły do niemożności złożenia wadium zgodnego tak z ustawą jak i SIWZ, co prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, a więc konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności dokonanych w postępowaniu aż do czynności przygotowania SIWZ.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji zgodnie z art. 191 ust.2 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

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 Katowicach

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....