

WYROK

z dnia 21 maja 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 roku przez **Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Białostocką w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **COMBIDATA Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Politechnice Białostockiej w Białymstoku** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **COMBIDATA Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Politechnikę Białostocką w Białymstoku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Politechniki Białostockiej w Białymstoku** na rzecz **Infovide-Matrix Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 597 zł 75 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Politechnika Białostocka w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację platformy e-learningowej (część I) oraz dostawę i instalację platformy sprzętowej do obsługi platformy e-learningowej (część II) na potrzeby Centrum Kształcenia Zdalnego w ramach projektu „Centrum Nowoczesnego Kształcenia Politechniki Białostockiej”.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 7 maja 2012 roku wykonawca Infovide-Matrix SA w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej (dot. części I) oferty złożonej przez COMBIDATA Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, a także zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez firmę GroMar Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Opisanym wyżej czynnościom zamawiającego odwołujący się zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez:

- 1) zaniechanie wykluczenia firmy COMBIDATA Poland Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie wniósł prawidłowego wadium w tym postępowaniu;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty COMBIDATA Poland Sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) bezpodstawne wezwanie wykonawcy GroMar Sp. z o.o. w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu: „Warunki wsparcia technicznego” pomimo, że nie jest to dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu ani dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, a przez to zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez COMBIDATA Poland Sp. z o.o.,
- 2) dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy COMBIDATA Poland Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez GroMar Sp. z o.o.,
- 4) dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zgodnie z pkt 9 SIWZ oraz III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w zakresie części I postępowania żądał wniesienia wadium w kwocie 40 000 PLN w jednej z form dopuszczonych przepisami ustawy. Jak wynika z analizy oferty firmy COMBIDATA Poland Sp. z o.o. wadium zostało przez nią wniesione w formie gwarancji bankowej wystawionej w dniu 12 marca 2012 roku przez Bank Pekao S.A. wraz z Anekssem nr 1 do tej gwarancji przedłużający okres jej obowiązywania. Treść gwarancji bankowej wskazuje na to, iż wbrew przepisowi art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy nie zawiera ona zastrzeżenia możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę abstrakcyjny charakter zobowiązania gwaranta, który odpowiada tylko i wyłącznie zgodnie z treścią wystawionej gwarancji, a także bezsporny fakt, iż ani w sposób bezpośredni (poprzez literalne wskazanie przypadku zatrzymania wadium opisanego w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy), ani pośredni (poprzez odniesienie się do treści ustawy) nie została zapewniona możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego z gwarancji wadium w sytuacji nie wniesienia przez wybranego wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, należy uznać, iż złożony wraz z ofertą dokument gwarancji bankowej jest nieprawidłowy. Jako, że po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości zmiany czy uzupełnienia dokumentu gwarancji wadium, oznacza to, że wadium nie zostało wniesione. Sytuacja ta wyczerpuje przesłankę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, co oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się zauważył, iż braku w treści złożonej przez COMBIDATA Poland Sp. z o.o. warunku zatrzymania wadium określonego w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie można tłumaczyć faktem, iż warunku tego nie wymienił również explicite zamawiający w

treści pkt 9 SIWZ. Należy bowiem zauważyć, iż przepisy statuujące warunki zatrzymania wadium określone przepisami ustawy Pzp mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących. Oznacza to tyle, że bez względu na to, czy zamawiający przytoczył ich brzmienie w treści specyfikacji są one skuteczne i obowiązują wykonawców w toku prowadzonego postępowania.

Odwołujący się podniósł, że – jak wynika z treści SIWZ – zamawiający wymagał m. in. aby: „Wykonawca zapewnił wsparcie techniczne (wg warunków producenta) na licencjonowane oprogramowanie przez okres min. 5 lat od daty podpisania końcowego protokołu odbioru przez zamawiającego; do oferty Wykonawca załączy warunki wsparcia technicznego”. Do oferty COMBIDATA Poland Sp. z o.o. został dołączony dokument określający warunki wsparcia technicznego. W pkt 3 tego dokumentu wskazał, iż: 3. W przypadku korzystania z. usługi wsparcia zamawiający zobowiązuje się do dostarczenia wykonawcy infrastruktury umożliwiającej zdalny dostęp do systemu w celu podjęcia działań analitycznych oraz naprawczych takich jak wgranie patcha czy poprawionej wersji oprogramowania zawierającego rozwiązanie ostateczne problemu.

a, W przypadku wadliwego funkcjonowania zdalnego dostępu do systemu, o którym mowa zamawiający zobowiązuje się niezwłocznie przywrócić prawidłowe jego funkcjonowanie oraz powiadomić o tym wykonawcę pisemnie lub e-mailem. W obu wypadkach potwierdzając powiadomienie telefonicznie.

b. Okres od momentu zgłoszenia przez zamawiającego wadliwego funkcjonowania systemu do potwierdzenia przez wykonawcę jego przywrócenia zwiększa odpowiednio czasy reakcji na zgłoszenie.

Odwołujący się stwierdził, że zapisy tego punktu wskazują na to, iż wykonawca wymaga od zamawiającego udostępnienia dodatkowej infrastruktury umożliwiającej zdalny dostęp do systemu. Jako że zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji nie wskazywał na możliwość udostępnienia wykonawcy jakichkolwiek dodatkowych zasobów należałoby dojść do wniosku, iż wykonawca w sposób nieuprawniony uzależnił wykonanie wymaganych przez zamawiającego usług od udostępnienia przez zamawiającego dodatkowych zasobów, które nie były na etapie SIWZ wskazane jako możliwe do wykorzystania przez wykonawcę. Oznacza to również, iż w przypadku nieudostępnienia żądanej infrastruktury przez zamawiającego wykonawca odmówi świadczenia usług wsparcia technicznego. Co więcej w pkt 3 b wykonawca wskazał, iż „okres od momentu zgłoszenia przez zamawiającego wadliwego funkcjonowania systemu do potwierdzenia przez wykonawcę jego przywrócenia zwiększa odpowiednio czasy reakcji na zgłoszenie”. Sama treść tego postanowienia jest w

ocenie odwołującego się bezsensowna, gdyż okres, o którym wspomniano, jest po prostu czasem usunięcia błędu i nie może w żadnym razie zwiększać czasów reakcji na zgłoszenie. Jedyną interpretacją tego zapisu, biorąc dodatkowo fakt umiejscowienia tego zapisu wśród postanowień dotyczących zdalnego dostępu, jest taki, iż sformułowanie „system” odnosi się w tym przypadku do zdalnego dostępu do systemu. Przy takim rozumieniu tego zapisu rzeczywiste brzmienie tego zapisu byłoby takie, iż czas niedostępności zdalnego dostępu (za którego prawidłowe działanie odpowiada zamawiający) przedłuża czasy reakcji na zgłoszenie. Należy wskazać, iż takie zastrzeżenie wykonawcy jest nieuprawnione w szczególności w zakresie wsparcia technicznego systemu świadczonego przez pierwszy rok jego funkcjonowania. Należy bowiem zauważyć, iż jak wynika z pkt 4 Warunków wsparcia technicznego wymagany 5-letni okres zapewnienia wsparcia został podzielony na dwie części: 12-miesięczny okres serwisu gwarancyjnego (świadczonego na warunkach określonych w SIWZ) oraz 48-miesięczny okres świadczenia wsparcia technicznego na warunkach określonych w tym dokumencie. O ile zatem wykonawca miałby prawo do wpisania ww. zastrzeżenia w zakresie przedłużenia czasów reakcji na zgłoszenie w okresie po upływie okresu świadczenia usług serwisu gwarancyjnego, gdyż specyfikacja nie przewiduje szczególnych warunków świadczenia tych usług, o tyle nie miał prawa wpisać takiego zastrzeżenia w stosunku do okresu usług serwisu gwarancyjnego, gdyż w SIWZ warunki te zostały szczegółowo określone (czas reakcji serwisu gwarancyjnego w ciągu max. 1 dnia roboczego od momentu zgłoszenia, czas naprawy od momentu zgłoszenia w ciągu max. 3 dni roboczych). Biorąc pod uwagę, iż wskazane w SIWZ warunki świadczenia usług serwisu gwarancyjnego zostały wskazane bez możliwości jakichkolwiek odstępstw, a na podstawie załączonych do oferty COMBIDATA Poland Sp. z o.o. Warunków wsparcia technicznego możliwe jest zaistnienie przypadków, w których warunki te nie zostaną dotrzymane bez jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy należy przyjąć, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w związku z czym podlega ona odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zważywszy na to, iż niewątpliwie kwestie związane ze świadczeniem usług wsparcia technicznego (w tym świadczenia serwisu gwarancyjnego) w szczególności dotyczące czasów usunięcia błędów w oprogramowaniu Systemu są istotnymi dla zamawiającego postanowieniami przyszłej umowy - o czym świadczyć może poświęcenie całego paragrafu (§7) we wzorze umowy, czy sformułowanie odrębnego oświadczenia we wzorze formularza ofertowego poświęconego potwierdzeniu warunków serwisowych - należy przyjąć, iż wykazane powyżej sprzeczności treści oferty wykonawcy w stosunku do postanowień SIWZ nie mogą być uznane za „inne omyłki” w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę GroMar Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym do uzupełnienia „Warunków wsparcia technicznego zgodnie z pkt 7 ust. 4 SIWZ”. Należy przy tym wskazać, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wyraźny rozróżniała rodzaje dokumentów niezbędnych do złożenia w przedmiotowym postępowaniu. W pkt 6 SIWZ zamawiający wyspecyfikował (w podziale na odrębne grupy) wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom. Pkt 7 SIWZ z kolei wskazywał „Pozostałe dokumenty i oświadczenia, nie wymienione w pkt 6”. Te pozostałe dokumenty i oświadczenia to Formularz oferty wraz z konkretnymi oświadczeniami odnoszącymi się do przedmiotu oferty oraz właśnie Warunki wsparcia technicznego. Zważywszy zatem na fakt, iż zarówno ze względu na systematykę specyfikacji, która statuowała Warunki wsparcia technicznego jako element oferty, a nie dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy też potwierdzający, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, jak również ze względu na to, że jest to element oferty odnoszący się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia - i to tej jego części, dla której zamawiający w SIWZ nie przedstawił wyraźnych wymagań, należy uznać, iż czynność polegająca na wezwaniu do uzupełnienia tego dokumentu, którego GroMar Sp. z o.o. nie załączył do swojej oferty było czynnością niedopuszczalną. Należy bowiem podkreślić, iż zgodnie z dyspozycją przepisu art. 26 ust. 3 ustawy 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. Oczywiście oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. Jako że Warunki wsparcia technicznego nie są dokumentem, który można byłoby zaliczyć do którejkolwiek z tych grup należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał prawa do wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu w trybie przepisu art. 26 ust 3 ustawy.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 maja 2011 roku (prawdopodobnie błąd w dacie), wniesionym w dniu 16 maja 2012 roku za pomocą faksu i 18 maja 2012 roku w formie pisemnej zamawiający uznał zarzuty odwołującego w zakresie pkt. 3 odwołania ,tj. bezpodstawnego wezwania wykonawcy GroMar Sp. z o.o. w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu: „Warunki wsparcia technicznego” pomimo, że nie jest to dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu ani dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, a przez to zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W przypadku zarzutu dotyczącego wadium stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę.

W przypadku zarzutu dotyczącego wsparcia technicznego Izba ustaliła, że w SIWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca zapewnił wsparcie techniczne (wg warunków producenta) na licencjonowane oprogramowanie przez okres min. 5 lat od daty podpisania końcowego protokołu odbioru przez zamawiającego; do oferty wykonawca załączył warunki wsparcia technicznego.

Wykonawca COMBIDATA Poland Sp. z o.o. dołączył do oferty dokument zatytułowany „Warunki świadczenia usługi wsparcia technicznego”, w której zawarł m.in. następujące postanowienia:

„2. Zamawiający ma prawo do skorzystania z usługi wsparcia w okresie trwania Umowy, tj. w okresie min. 5 lat od daty podpisania końcowego protokołu odbioru przez zamawiającego.

3. W przypadku korzystania z usługi wsparcia Zamawiający zobowiązuje się do dostarczenia Wykonawcy infrastruktury umożliwiającej zdalny dostęp do systemu w celu podjęcia działań analitycznych oraz naprawczych takich jak wgranie patcha czy poprawionej wersji oprogramowania zawierającego rozwiązanie ostateczne problemu.

a. W przypadku wadliwego funkcjonowania zdalnego dostępu do systemu, o którym mowa Zamawiający zobowiązuje się niezwłocznie przywrócić prawidłowe jego



funkcjonowanie oraz powiadomić o tym Wykonawcę pisemnie lub e-mailem, w obu przypadkach potwierdzając powiadomienie telefonicznie.

b. Okres od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego wadliwego funkcjonowania do potwierdzenia przez Wykonawcę jego przywrócenia zwiększa odpowiednio czasy reakcji na zgłoszenie.

4. Wykonawca zobowiązuje się świadczyć przez okres 48 miesięcy po zakończeniu obowiązywania 12 miesięcznego okresu gwarancyjnego, wsparcia technicznego, mających na celu poprawę oprogramowania na swój koszt wg zgłoszonych przez Zamawiającego usterek, dotyczących wykrytych niezgodności oprogramowania na swój koszt wg zgłoszonych przez zamawiającego usterek, dotyczących wykrytych niezgodności oprogramowania ze specyfikacją lub błędów w funkcjonowaniu:

a. krytyczna – czas reakcji 8 godzin w dni robocze, 24 pozostałe, 48 godzin na znalezienie workaround lub wgranie patcha, 72 godzin na ostateczne rozwiązanie problemu,

b. zwykła – czas reakcji 48 godzin, 72 godzin na znalezienie workaround lub wgranie patcha i 96 godzin na ostateczne rozwiązanie problemu”.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się legitymuje się uprawnieniem do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Gwarancja bankowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp. Gwarancja winna wskazywać okoliczności, zaistnienie których spowoduje konieczność zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 listopada 2009 roku (sygn. akt XII Ga 350/09) wypowiadając się co do treści gwarancji bankowej stwierdził, że *gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem*

*zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. I tak w treści gwarancji winno znaleźć się zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium, 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 nieleżących po jego stronie a także wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zawartych 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.

Nie wymienienie w treści gwarancji którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony. Zamawiający obowiązany będzie wykluczyć z postępowania wykonawcę, który przedłożył taki dokument, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Dokument gwarancji mógłby zostać uznany za właściwy w sytuacji, gdy w jego treści nie zostały wymienione wyżej wskazane okoliczności, ale zawarte zostało odniesienie do art. 46 ust. 4a i ust. 5 i zobowiązanie do zapłaty kwoty wadium w przypadkach określonych w tych artykułach. W gwarancji złożonej przez przystępującego takiego odniesienia również nie było.

Na ogół zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informują wykonawców o wymaganej treści dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych i bankowych. Może się jednak zdarzyć (tak, jak to miało miejsce w niniejszym przypadku), że w treści specyfikacji zamawiający nie wymieni wszystkich, przewidzianych ustawą Pzp, przypadków uzasadniających zatrzymanie wadium. Należy zatem zadać pytanie, czy wykonawca, który przedłoży gwarancję o treści wskazanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie uwzględniającej wszystkich okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5, winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp czy też nie powinien ponosić konsekwencji spowodowanych dostosowaniem się do treści specyfikacji. Zdaniem Izby nawet, gdyby zamawiający nie uwzględnił w 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 spoczywa

obowiązek dołączenia do oferty gwarancji uwzględniającej wszystkie przypadki przewidziane ustawą. Obligatoryjnym bowiem 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. Wykonawcę, który złożył taką „niepełną” gwarancję, należy zatem wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący warunków wsparcia technicznego Izba uznała za niezasadny. Izba stwierdziła, że zamawiający ustanawiając wymóg zapewnienia wsparcia technicznego nie określił jednocześnie warunków, na jakich wsparcie to powinno być wykonywane. Zamawiający wręcz wskazał, że wsparcie techniczne winno odbywać się według warunków producenta, co oznacza, że pozostawił wykonawcom dowolność w ich precyzowaniu. Brak wskazania jakichkolwiek (poza obowiązującym okresem czasowym) warunków wykonywania wsparcia technicznego oznacza, że ich treść zawarta w dokumencie dołączonym do oferty przystępującego, nie może rodzić dla niego negatywnych konsekwencji. W szczególności nie można stwierdzić, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób bowiem mówić o takiej niezgodności w sytuacji, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera żadnych, oprócz terminu, postanowień w tym zakresie.

Izba nie podziela zarzutu odwołującego się, że warunki wsparcia technicznego zaoferowane przez przystępującego zmieniają warunki serwisu gwarancyjnego, określone przez zamawiającego w SIWZ. Warunki gwarancji zostały przez zamawiającego określone w sposób precyzyjny i wykonawcy zaakceptowali je składając oferty w postępowaniu. Brak jest podstaw do przyjęcia, że warunki te zostały przez przystępującego zmienione.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....