

Sygn. akt KIO/UZP 194/09

WYROK
z dnia 5 marca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak, 85 - 095 Bydgoszcz, ul. M. C. Skłodowskiej 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Bydgoszczy, 85-102 Bydgoszcz, ul. Jezuitska 1** protestu z dnia 10.02.2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., 85-375 Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wykluczenia Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MEGA inż. Tomasz Woźniak, 85-095 Bydgoszcz, ul. M. C. Skłodowskiej 14 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Bydgoszczy, 85-102 Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1**

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 **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak, 85-095 Bydgoszcz, ul. M. C. Skłodowskiej 14,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7014 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy czternaście złotych zero groszy) przez **Urząd Miasta Bydgoszczy, 85-102 Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak, 85-095 Bydgoszcz, ul. M. C. Skłodowskiej 14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak, 85-095 Bydgoszcz, ul. M. C. Skłodowskiej 14.**

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

Zamawiający - Miasto Bydgoszcz prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie sali gimnastycznej wraz z łącznikiem przy Zespole Szkół Mechanicznych nr 1 zlokalizowanym przy ul. Św. Trójcy 37 w Bydgoszczy.

Pismem z dnia 5.02.2009r. (przesłanym faksem) zamawiający powiadomił o wynikach postępowania: o wykluczeniu z postępowania Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MEGA inż. Tomasz Woźniak z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz 1655, ze zm. – dalej zwaną również Pzp) i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę PW EBUD - Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Jako przyczynę

wykluczenia zamawiający wskazał brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej, iż zabezpiecza ofertę również w przypadku zaistnienia przesłanki zawartej w art. 46 ust. 4a Pzp.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak wniosło protest w dniu 10.02.2009 roku. Protestujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest wyłącznie na etapie oceny wniosków oraz złożonych z nim oświadczeń i dokumentów. Wadium jest wnoszone na drugim etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, gdyż ma zabezpieczać ofertę, zatem nie znajdują zastosowania przepisy art. 25, 26 oraz 46 ust.4a Pzp. Protestujący przywołał również katalog okoliczności pozwalających na uznanie, że oferta pozostaje niezabezpieczona wadium i wskazał na konieczność literalnego interpretowania przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy. Stwierdził ponadto, że przyjęcie na podstawie art. 53 Pzp, iż brak stosownego zapisu o możliwości zatrzymania wadium, gdy na wezwanie zamawiającego wykonawca nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń z przyczyn leżących po jego stronie, stanowi o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania „kłóci się ze zdrowym rozsądkiem”, bo po zakwalifikowaniu wykonawcy jako spełniającego warunki udziału taka okoliczność nie zachodzi. Protestujący wskazał na ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagania zamawiającego co do wadium, w szczególności na brak sprecyzowania przypadków: zwrotu wadium z urzędu, na wniosek, zatrzymania wadium oraz na brak w siwz wymagań co do treści wadium wnoszonego w formie dokumentu. Protestujący przywołał również orzecznictwo Izby i Zespołów Arbitrów oraz wywiódł, że złożona przez niego oferta z uwagi na zaoferowanie najniższej ceny powinna być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto złożył pismo wyjaśniające gwaranta oraz aneks do umowy gwarancyjnej.

Zamawiający pismem z dnia 13.02.2009 roku oddalił protest i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie protestującemu za pośrednictwem faksu. Zamawiający wskazał, że również na etapie badania i oceny ofert mogła wystąpić konieczność skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp, „choćby w przypadku, kiedy oferta zostałaby podpisana przez osobę do tego nieuprawnioną”. W przypadku braku uzupełnienia pełnomocnictwa wadium podlegałoby zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Zamawiający wskazał również, że przepisy ustawy nie określają wymagań, co do postanowień dokumentu wadium, jednak dokument taki winien stanowić bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie do zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji, na pierwsze żądanie zamawiającego. Z powołaniem na orzecznictwo Zespołów Arbitrów zamawiający wywiódł, że złożenie dokumentu

niespełniającego wymagań realizacji ustawowych przesłanek zatrzymania wadium nie może być konwalidowane i skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Zamawiający nie uznał aneksu do gwarancji, traktując go jako dowód na brak prawidłowego wniesienia wadium, gdyż wadium winno być wniesione najpóźniej „w chwili upływu terminu składania ofert” a dopuszczenie późniejszego wniesienia wadium naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp. W konkluzji zamawiający stwierdził, że gwarancja bankowa i ubezpieczeniowa musi obejmować wszystkie sytuacje wypłaty wadium, zaś przesłanka wskazana w art. 46 ust. 4a winna znaleźć się w treści dokumentu gwarancji, by dać zamawiającemu możliwość realizacji jego ustawowego obowiązku.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MEGA inż. Tomasz Woźniak w dniu 17.02.2009 roku za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Ponawiając stanowisko wyrażone w proteście odwołujący się wskazał na postanowienia siwz dotyczące: podpisywania oświadczeń o spełnianiu warunków w przetargu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podpisywania formularza ofertowego, formy pełnomocnictwa. Podniósł również, że skoro zarówno wniosek, jak i oferta zostały złożone bezpośrednio przez odwołującego się t.j. właściciela ujawnionego we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, to nie zachodzi możliwość wystąpienia przesłanki z art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż wniosek, jak i oferta odwołującego się nie wymagały żadnej sanacji. Odwołujący się wywiódł ponadto, że wadium nie jest elementem treści oferty, stanowi jedynie jej zabezpieczenie a Izba w wyroku z dnia 12.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/167/08 uznała wyjaśnienia gwaranta złożone zamawiającemu. Podniósł również brak w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, możliwości rozszerzania zakresu odpowiedzialności w okresie ochrony wadialnej. Odwołujący się wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie dokonanie ponownego badania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się oraz przyznanie kosztów postępowania według przedłożonego na rozprawie rachunku.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o. o. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uprzednio zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zachowując przesłanki co do terminu zgłoszeń oraz obowiązku przekazania kopii przystąpień. W uzasadnieniu przystępujący wskazał, że zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące wadium mają charakter szczególny i podlegają ścisłej literalnej interpretacji. W

postępowaniach, w których wniesienie wadium jest obowiązkowe należy przestrzegać wszystkich przepisów odnoszących się do tej instytucji. Podniósł, że oferta pozostaje niezabezpieczona wadium również w przypadku nieprawidłowego wniesienia wadium, w szczególności w zakresie określenia zobowiązań wobec zamawiającego. Zdaniem przystępującego przesłankom zatrzymania wadium musi odpowiadać uprawnienie określone w gwarancji ubezpieczeniowej, a art. 53 Pzp nakazuje stosowanie w przetargu ograniczonym przepisów o wadium wprost. Przystępujący wskazał, że na etapie oceny ofert art. 26 ust. 3 Pzp znajdzie zastosowanie, gdyż dotyczy on również wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp dokumentów o charakterze przedmiotowym, potwierdzających przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego. Oceniał, że o treści gwarancji decydują najpierw przepisy ustawy a dopiero następnie wymagania zamawiającego a skoro odwołujący się nie kwestionował, ani nie wyjaśniał treści siwz, to zarzut co do sformułowania wymagań dotyczących wadium jest nieuprawniony. Przystępujący podniósł również, że wadliwie wniesione wadium nie podlega uzupełnieniu a powoływane przez odwołującego się orzecznictwo nie odnosi się do okoliczności faktycznych i prawnych sporu.

Pismem z dnia 2.03.2009 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której ponowił wcześniejszą argumentację oraz przywołał uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), co do celu wprowadzenia art. 46 ust. 4 a Pzp.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas, której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.11.2008 r. pod numerem 313831.

Zgodnie z poz. 2 protokołu postępowania (ZP-2) szacunkowa wartość zamówienia z uwzględnieniem zamówień uzupełniających wynosi 8.497.227,63 zł (2.191.645, 20 euro) i jest niższa od kwot, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Pkt. 5 ust 1 a ogłoszenia o zamówieniu głosił, że oświadczenie/a wykonawcy/ów o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust 1 Pzp (przy czym oświadczenie to może w imieniu każdego z wykonawców złożyć pełnomocnik, jeżeli został do tego umocowany, ale jeżeli przedstawi wraz z ofertą oświadczenie/a wykonawcy/ów. złożone zgodnie z

obowiązującymi go zasadami reprezentacji, obie formy spełniają wymagania określone przez Pzp).

Odwołujący się w odpowiedzi na ogłoszenie działając samodzielnie (Inie ustanawiając pełnomocnika) złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z wymaganymi dokumentami.

Zamawiający pismem z dnia 18.12.2008 r. zaprosił odwołującego się do złożenia oferty przekazując mu siwz.

W Rozdziale 8 siwz „Opis sposobu przygotowania ofert”, zamawiający w pkt 8.2. wymagał, aby formularz ofertowy (wg do siwz wzoru) powinien być podpisany przez osobę (osoby) upoważnioną/e do reprezentowania wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, w pkt 8.4. zaś wskazał, że pełnomocnictwo może być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

W rozdziale 6 siwz „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający podał kwotę wadium, formy wnoszenia wadium, nr rachunku Zamawiającego dla wadium wnoszonego w pieniądzu oraz wskazał, że oferta nie zabezpieczona akceptowalną formą wadium zostanie odrzucona. Podał również, że zwrot wadium nastąpi z chwilą upływu terminu związania ofertą iw pozostałych przypadkach wymienionych wart. 46 ust 1 i 2 Pzp.

Postanowienia siwz nie zawierają wymogu złożenia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego.

Oferta odwołującego się została złożona podobnie jak wniosek, przez właściciela firmy ujawnionego we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej działającego samodzielnie.

Składając ofertę odwołujący się wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 23/09-08/2007/BY wystawionej w dniu 27.01.2009 r. przez TUZ – Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych, w której w pkt 2 gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości sumy gwarancyjnej. Katalog powstania roszczenia o wypłatę (pkt 4) nie zawierał przesłanki wskazanej w art. 46 ust.4 a Pzp.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania oraz oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. Aneks do umowy gwarancji z dnia 27.01.2009 r. oraz oświadczenie gwaranta załączone do protestu z dnia 9.02.2008 r. nie zostały zaliczone poczet materiału dowodowego, gdyż odnosi się on do bezspornego i stwierdzonego innymi dowodami faktu pominięcia w treści gwarancji przesłanki wskazanej w art. 46 ust.4 a Pzp (art. 188 ust. 5 zd. 2 oraz art. 188 ust. 6 Pzp). Powoływane przez strony i uczestnictwa orzecznictwo oraz stanowisko doktryny nie zostało wzięte pod uwagę przez Izbę przy wydawaniu orzeczenia, gdyż jako wydane w innych okolicznościach faktycznych

oraz pod rządami innych przepisów jest nieadekwatne do badanego zarzutu i nie może być uwzględnione na zasadzie analogii.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z ceną niższą, niż oferta wybrana. Wobec ustalenia w rozdziale XI siwz ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w treści siwz swoje wymagania dotyczące wadium doprecyzował jedynie w odniesieniu do wadium wnoszonego w pieniądzu. Z treści siwz nie wynikają żadne wymagania dotyczące sposobu wnoszenia oraz treści wadium wnoszonego w formie poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2 i 5 Pzp oraz gwarancjach bankowych i gwarancjach ubezpieczeniowych - art. 45 ust. 6 pkt 3 i 4 Pzp. W doktrynie i judykaturze podnosi się, że brak jednoznacznego sprecyzowania wymogów siwz, których dopuścił się zamawiający, nie powinien obciążać wykonawców, którzy działając w zaufaniu do wymagań określonych w siwz zastosowali się do jej literalnego brzmienia. Jednak w odniesieniu do wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej z uwagi na jej abstrakcyjny charakter powszechnie przyjmuje się, że z jej treści wynikać musi możliwość zaspokojenia się zamawiającego z gwarancji w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. W ustalonym stanie faktycznym, w granicach zarzutu określonego protestem, kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje, czy *de lege lata* wadium wnoszone w innych, niż pieniądze formach, powinno każdorazowo dawać możliwość zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust.4a Pzp oraz czy w okolicznościach sprawy brak zamieszczenia w treści gwarancji ubezpieczeniowej przesłanki umożliwiającej zatrzymanie wadium, w sytuacji wskazanej w przywołanym przepisie, powinien przynieść skutek w postaci wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Przywołany przepis wskazuje na podstawową funkcję wadium – zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą. Potwierdzają to również przepisy kodeksu cywilnego, do których należy się odwołać zgodnie z art. 14 Pzp. Art. 70⁴ § 2 k.c. stanowi, że jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań

przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia, czyli z wadium zgodnie z art. 70⁴ § 1 k.c .

Na ten cel wskazują również przesłanki zatrzymania wadium wymienione w art. 46 ust. 5 Pzp odnoszące się do wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Cywilistycznie rozumiany zakres ochrony wadialnej został rozszerzony przez wprowadzenie przepisu art. 46 ust. 4a Pzp na mocy obowiązującej od dnia 24.10.2008 r. ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

Przywołany przepis ustanawia obowiązek zamawiającego zatrzymania 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 nieleżących po jego stronie, zatem wadium zabezpiecza również złożenie pełnomocnictw, dokumentów i oświadczeń.

Zamawiający nie jest zobowiązany każdorazowo do żądania wniesienia wadium oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 45 ust. 2 Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Art. 26 ust. 2 Pzp stanowi natomiast, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane jest uprawnieniem (nie obowiązkiem) zamawiającego niezależnie od wartości zamówienia. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu ,przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z przywołanych wyżej przepisów wynika, że odmiennie niż w przypadku normy art. 46 ust. 5 Pzp, która aktualizuje się w każdym postępowaniu zakończonym wyborem najkorzystniejszej oferty niezależnie od wartości zamówienia i wymagań stawianych wykonawcom, przesłanka określona w art. 46 ust. 4a Pzp w odniesieniu o oświadczeń i dokumentów może zaistnieć jedynie w przypadku, gdy zamawiający sformułował żądanie oświadczeń i dokumentów w treści siwz.

Podnieść też należy, że żądanie ustanowienia pełnomocnika, a w konsekwencji również złożenie dokumentu pełnomocnictwa jest obligatoryjne w przypadku wspólnego ubiegania

się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia może czynności w postępowaniu dokonywać samodzielnie tzn. osobiście, gdy prowadzi działalność jako osoba fizyczna lub (gdy jest osobą prawną przez organ uprawniony do jego reprezentacji) lub też ustanowić w tym celu pełnomocnika. Zamawiający nie może narzucać wykonawcy, żadnego ze wskazanych sposobów, gdyż żądanie takie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro Zamawiający nie może narzucić wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia sposobu złożenia oferty, to tym bardziej nie może wymagać, aby wadium wniesione przez wykonawcę dokonującego czynności w postępowaniu samodzielnie, nie za pośrednictwem pełnomocnika, dawało możliwość, zatrzymania go w sytuacji zawinionego braku uzupełnienia pełnomocnictwa (*arg. a maiori ad minus*).

Istotą wadium jest zabezpieczenie oferty konkretnego wykonawcy konkretnym postępowaniu, zatem jeśli wykonawca wykonuje czynności w postępowaniu samodzielnie a dokumenty nie były wymagane, to nie znajduje uzasadnienia, żądanie wniesienia wadium zabezpieczającego również możliwość zamawiającego zaspokojenia się z niego w przypadku braku uzupełnienia pełnomocnictwa lub dokumentów. Tak jak zamawiający jest uprawniony na mocy art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp do żądania dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tak samo żądanie wniesienia wadium a co za tym idzie jego treści winno zawierać wymagania adekwatne do zabezpieczenia interesów zamawiającego w zindywidualizowanych wymaganiach, co do zakresu tych dokumentów.

Przeciwnie rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp prowadziłyby do narzucenia wykonawcom wymagań nadmiernych oraz nieuzasadnionych racjonalną ochroną interesów zamawiającego.

Dla zamawiającego jest bowiem istotne otrzymanie oferty prawidłowo złożonej tak, aby mogła być poddana ocenie merytorycznej.

Stosowanie art. 46 ust. 4a Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie wykonawcy składają jednocześnie ofertę, wymagane oświadczenia oraz dokumenty, a nadto wnoszą wadium przed upływem terminu składania ofert, wydaje się nie rodzić innych ograniczeń.

Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Zgodnie z art. 50 ust 1 Pzp wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym

wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty, zaś zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1 *in initio* Pzp)

Z powyższego wywieść należy, że w odniesieniu do przetargu ograniczonego przesłanka zatrzymania wadium wskazana w art. 46 ust. 4 a Pzp może zaktualizować się nie tylko w zależności od wymagań zamawiającego określonych w siwz oraz sposobu występowania wykonawcy w postępowaniu, ale też dotyczy, dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw składanych wraz z ofertą. Skoro wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, to ochrona wadium dotyczy okresu od złożenia oferty (arg. z art. 45 ust.3 Pzp) i co do zasady nie powinna być rozciągana w przetargu ograniczonym na oświadczenia, pełnomocnictwo i dokumenty składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego, zamawiający nie wymagał w siwz złożenia dokumentów o charakterze przedmiotowym a odwołujący czynności w postępowaniu wykonywał samodzielnie, w szczególności podpisał ofertę zgodnie z wpisem do ewidencji.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, że wadium zostało prawidłowo wniesione przez odwołującego się i w okolicznościach faktycznych sprawy stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. *Ratio legis* art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jest odpowiednio eliminacja z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w ten sposób, że złożona przez nich oferta nie jest zabezpieczona zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Skuteczność wniesienia wadium w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 4 a Pzp winna być przy tym oceniana w kontekście wymagań zamawiającego określonych w ogłoszeniu lub siwz.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za potwierdzony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Podnoszony podczas rozprawy formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podważa powyższej oceny zarzutów odwołania. „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07). Wskazując na intencje ustawodawcy przy dokonywaniu kolejnych nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać też należy, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, którym jest wybór oferty z najniższą ceną, bądź oferty zawierającej najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 Pzp).

Izba podziela natomiast stanowisko wyrażone na rozprawie przez przystępującego, że niedopuszczalne jest ocenianie wadium w ten sposób, że uznaje się je za wniesione skutecznie mimo braku możliwości jego zatrzymania w sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 4a Pzp, gdy zamawiający wymagał w siwz złożenia oświadczeń i dokumentów, jednak w czasie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustalił, że wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty i nie zachodzi konieczność ich uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (analogiczne stanowisko *vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 62/09).

Do innego stanowiska nie skłania również odwołanie się do art. 53 Pzp stanowiącego, że do przetargu ograniczonego stosuje się przepisy art. 45 i 46 Pzp i który pozostał niezmienny mimo rozszerzenia w ramach ostatniej nowelizacji przesłanek zatrzymania wadium.

Istotnie *stricte* językowa wykładania przywołanego przepisu prowadziłyby do wniosku, że przepisy o wadium, a zatem i art.46 ust. 4a Pzp w przetargu ograniczonym stosuje się wprost, nie zaś odpowiednio. Jednak przyjęcie tego poglądu prowadziłyby do rozstrzygnięcia, jak Izba wskazała powyżej, nie tylko nie znajdującego umocowania w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też nieracjonalnego z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego i dyskryminującego dla wykonawców. Niezbędne jest zatem odwołanie się do wykładni celowościowej art. 53 Pzp z powołaniem się na orzecznictwo Sądu Najwyższego m. in. uchwałę z dnia 22.03.2007 roku (sygn. akt III CZP 8/07). Sąd Najwyższy ocenił, że „wykładnia językowa nie może prowadzić do rozstrzygnięcia które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu”. Sąd Najwyższy stwierdził również w przywołanym orzeczeniu, że „w sytuacji, w której ściśle, literalne zinterpretowanie zapisu ustawowego prowadziłyby do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści obowiązkiem organu stosującego prawo jest sięganie do innych sposobów wykładni.” oraz „zważyć należy, że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej, nie oznacza absolutnego porządku preferencji a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach, dopuszcza się od niej odstępstwa łagodzące konflikt między stanowiskiem formalistycznym a nieformalistycznym. Przykładem potrzeby odstępstwa od honorowania rezultatów wykładni językowej jest wskazywana w piśmiennictwie sytuacja, w której, wynik posłużenia się taką wykładnią prowadzi do absurdu albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji”.

Aktualne brzmienie art. 53 Pzp, nie powinno prowadzić do wykładni art. 46 ust.4a oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dającej skutek, w okolicznościach sprawy, wykluczenia wykonawcy, który złożoną przez siebie ofertę zabezpieczył wadium w sposób odpowiadający oczekiwaniom i interesom zamawiającego.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a uwzględniła odwołanie.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności: wykluczenia odwołującego się oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości kwoty 2440 zł 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*