

WYROK

z dnia 1 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **21 stycznia 2011 r.** przez Odwołującego - **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73-911 Frydland nad Ostravici Republika Czeska**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój**,

przy udziale wykonawcy **Becker-Warkop Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73-911 Frydland nad Ostravici Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz Odwołującego - **FERRIT s.r.o., ul. Harcovska 1476, 73-911 Frydland nad Ostravici Republika Czeska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Jastrzębska Spółka Węglowa SA 44-330 Jastrzębie Zdrój ul. Armii Krajowej 56 zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz z dostawą 3 sztuk fabrycznie nowych kompletnych kolejek podwieszanych z napędem spalinowym wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Jas-Mos”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr post.:_657IX/ZZ/1Q), ogłoszonym w dniu 21 września 2010 r. (nr ogłoszenia: 2010/S 186-284338, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej S186 z dnia 24 września 2010 r)

Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2011 r., poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. zwanym dalej „przystępującym” oraz o wykluczeniu firmy FERRITs.r.o. adres:ul. Harcovska 1476, 739 11 Frydlant nad Ostravici Republika Czeska zwanego dalej „odwołującym”. Oferty wykonawców wykluczonych zamawiający uznał za odrzucone. W wniesionym odwołaniu odwołujący zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy PZP przez wykluczenie Odwołującego z postępowania na skutek przyjęcia, iż wpłacenie wadium przez podmiot inny niż Odwołujący, nie spełnia warunku uznania oferty za zabezpieczoną wadium w sposób prawidłowy,
- 2) naruszenie przepisu art. 45 ust 1, 3 i 6 ustawy PZP przez przyjęcie, że jedynie podmiot będący wykonawcą w postępowaniu jest uprawniony do skutecznego wniesienia wadium;
- 3) naruszenie przepisu art. 24 ust 4 ustawy PZP przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, w której wykluczenie Odwołującego należy uznać za niezasadne;
- 4) naruszenie przepisu art. 87 ust 1 i 2 ustawy PZP przez przyjęcie wyjaśnień wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. i poprawienie w ofercie elementów, które prowadzą do zmiany treści oferty,
- 5) naruszenie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP przez jego niezastosowanie, w sytuacji kiedy oferta wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6) naruszenie przepisu art. 91 ust 1 ustawy PZP przez wybór niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oferty wykonawcy Becer-Warkop sp. z o.o.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o.,
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty,
- 4) obciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych

W uzasadnieniu zamawiający podał, że odwołujący - FERRIT s.r.o. nie wpłacił wadium do upływu terminu składania ofert. Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą odwołujący złożył kopię dokonania przelewu właściwej kwoty wadium na rachunek zamawiającego, jednak przelewu wadium dokonała spółka FERRIT POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie. Zamawiający, odwołując się do brzmienia przepisów art. 45 ust 1, 3 i 6 oraz art. 2 pkt 11 ustawy PZP uznał, że wniesienie wadium przez podmiot który nie złożył oferty w danym postępowaniu, jest niezgodne z przywołanymi przepisami ustawy pzp W konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, a jego oferta została uznana za odrzuconą.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego i wobec jej uzasadnienia podnosi że wraz z ofertą złożył dowód wniesienia wadium na kwotę 60.000,00 zł oraz dodatkowo oświadczenie FERRIT Poland sp. z o.o. z dnia 24 listopada 2010 r., w którym spółka ta wskazała, że wnosi wadium w zastępstwie za FERRIT s.r.o. w postępowaniu prowadzonym przez JSW S.A., a także że jest świadoma możliwości utraty wadium w przypadkach wskazanych w ustawie PZP (str. 52-53 oferty).

Przyjęty w sprawie sposób wnoszenia wadium jest przez odwołującego, będącego spółką czeską, stosowany z przyczyn praktycznych, a to z uwagi na rozliczenia w różnych walutach między obiema spółkami Ferrit. Taki sposób wnoszenia wadium nie był kwestionowany przez zamawiających i w wielu postępowaniach oferta odwołującego została wybrana, mimo iż wadium wpłaciła spółka FERRIT Poland; także i Jastrzębska Spółka Węglowa SA przyjmowała taki sposób wniesienia wadium za prawidłowy, wskazując jako przykładowy dowód- kopię pisma JSW SA z dnia 25

marca 2010r. o wyborze oferty odwołującego wraz z dowodem wniesienia wadium przez FERRIT POLAND sp. z o.o. Odwołujący nadto wskazał, że jest zaskoczony decyzją zamawiającego gdyż wcześniejsze jego postępowanie wobec takich samych sytuacji, dotyczących wadium wnoszonego w zastępstwie odwołującego przez inny podmiot było inne od obecnie zajętą stanowiska. Również opierając się na ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów należy wskazać, że takie wniesienie wadium celem zabezpieczenia złożonej oferty jest prawnie dopuszczalne. Wobec tego należy uznać, że wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy pzp, w szczególności przepisów art. 24 ust 2 pkt. 2 i ust 4 oraz przepisów art. 45 ust 1, 3 i 6 ustawy pzp. Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, lecz w ustnych wywodach wnosząc o oddalenie odwołania wskazał, że nie do zaakceptowania jest sytuacja kiedy wadium w sprawie wnosi inny podmiot niż wykonawca. W przedmiotowym postępowaniu wystąpiła taka sytuacja, iż za wykonawcę spółkę czeską, wadium w gotówce wpłaciła spółka będąca spółką córką spółki czeskiej tj.- FERRIT Poland Sp. z o.o. Podnosi, iż w tej sprawie na wniosek komisji przetargowej powołano biegłego który w opinii miał wykazać czy taka wpłata wadium jest prawnie dopuszczalna. Biegły w swojej opinii z 17 grudnia 2010 r. w punkcie Ad.2 wskazał, iż nie jest dopuszczalne wnoszenia wadium przez inny podmiot niż wykonawca biorący udział w postępowaniu.

Na pytanie przewodniczącego czy prawdą jest, iż we wcześniejszych postępowaniach odwołujący w taki sam sposób składał wadium w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego i zamawiający tego faktu nie kwestionował i dokonywał wyboru odwołującego jako wykonawcy, podaje, iż jest prawdą, iż taka sytuacji miała miejsce w przeszłości ale fakt ten nie przesądza o tym, iż postępowanie poprzednich Komisji Przetargowych było prawidłowe. Obecna Komisja Przetargowa przedstawiła uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości takiej formy wpłaty wadium i tym samym po uwzględnieniu opinii biegłego stwierdzono, iż nie jest dopuszczalne aby wadium wpłacał inny podmiot niż ten który jest wykonawcą. Zamawiający nie kwestionuje, iż kwota 60.000 zł stanowiąca w ogłoszeniu wielkość kwoty wadium została wpłacona przez FERRIT Poland Sp. z o.o. na rachunek zamawiającego. Jednakże podnosi że zgodnie z literalną wykładnią prawa zamówień publicznych to tylko wykonawca jest uprawniony do wnoszenia wadium. Ustawodawca wskazuje katalog form w jakich wadium może zostać wpłacone.

Zamawiający z tego katalogu wywodzi również wniosek o wskazaniu wykazu podmiotów uprawnionych do wnoszenia wadium i takimi podmiotami są m.in.. banki, zakłady ubezpieczeń czy kasy oszczędnościowo – kredytowe.. Natomiast w tych przepisach nie ma wzmianki, że takiej wpłaty może dokonać podmiot trzeci – inny niż wykonawca.

Pomimo tego, iż FERRIT Poland złożył oświadczenie co do jego świadomości, iż jego wadium może zostać zatrzymane jak również oświadczenie na czyją rzecz i w jakim postępowaniu kwota wadium została wpłacona to jednak Komisja Przetargowa w trakcie swojego postępowania podjęła szereg wątpliwości dotyczących np. komu należałoby zwrócić wadium z chwilą zakończenia postępowania, do jakiego podmiotu należałoby zwrócić się o przedłużenie terminu obowiązywania wadium itp. Tym samym uznała że wniesienie wadium przez podmiot trzeci nie ma umocowania w prawie zamówień publicznych. Zamawiający podniósł, opierając się na orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 29 stycznia 2010 r., iż występuje problem w jaki sposób i na podstawie jakiego przepisu można dokonać zatrzymania wadium, gdyż wykonawca który w danym postępowaniu nie złożył oferty, to tym samym, nigdy nie uchybił obowiązkowi wniesienia wadium..

Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego wskazał , iż wcześniejsze akceptowanie przez zamawiającego takiej formy do wnoszenia wadium nie może być przyjęte jako zgodne z przepisami prawa i tym samym fakt przyjęcia wadium w innym postępowaniu nie rodzi po stronie odwołującego tożsamości stosowania tej praktyki w podobny sposób w niniejszym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu drugiego dotyczącego naruszenie przepisu art. 87 ust 1 i 2 ustawy PZP przez przyjęcie wyjaśnień wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. i poprawienie w ofercie elementów, które prowadzą do zmiany treści oferty, odwołujący wskazał że pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dokumentu „Charakterystyka techniczna istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, a w odpowiedzi wykonawca ten pismem z dnia 28 grudnia 2010 r. dokonał niezgodnych z prawem zmian w ofercie. Podnosi że zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień, jeżeli ma wątpliwości w odniesieniu do konkretnych zapisów oferty, jednak złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany jakichkolwiek zapisów w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał, że oferta nie zawiera omyłek, które mogą zostać poprawione w trybie

wskazanym w przepisie art. 87 ust 2, a jedynie wymaga wyjaśnień. W takiej sytuacji nie powinien być przyjąć wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Becker-Warkop, bowiem wyjaśnienia złożone w piśmie w z dnia 28 grudnia 2010 r. prowadzą do zmiany treści oferty, w szczególności ściśle określonych w SIWZ technicznych parametrów przedmiotu zamówienia, które w ofercie były niezgodne z wymogami zamawiającego, a stały się zgodne dopiero po ich zmianie.

Jeżeli natomiast zamawiający uznałby wady oferty za omyłki, winien poprawić je na podstawie przepisu art. 87 ust 2 ustawy PZP i poinformować o tym wykonawcę - wówczas rzeczywiście pewne zapisy oferty mogłyby ulec zmianie, czego jednak nie dokonał. Ponadto powołując się na orzecznictwo KIO powołał się na wyrok KIO/UZP 102/10 gdzie Izba podniosła, że jeżeli wskazanie w ofercie urządzenia niespełniającego wymagania siwz było wynikiem błędu, to jest to błąd w treści oferty niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Nadto wskazał iż samo tylko zaoferowanie przez wykonawcę w oświadczeniu, wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powoduje uznania oferty za prawidłową, bowiem zawsze gdy ogólna deklaracja wykonawcy zawarta w formularzu ofertowym nie potwierdza zawartość szczegółowa oferty, jest to przejaw wewnętrznej sprzeczności oferty, która bądź powinna zostać poprawiona, jeżeli zachodzą ku temu podstawy, a w przeciwnym wypadku odrzucona, jeżeli nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy p.z.p.). Podnosi że fakt iż w ofercie Becker-Warkop zamawiający nie poprawił omyłek to powinien był ofertę odrzucić, jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nieodrzuconie oferty stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a wybór tej oferty narusza przepis art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Dodatkowo w trakcie rozprawy podniósł fakt iż w piśmie z 21 grudnia 2010 r. zamawiający wskazuje, w akapicie 2, ostatnie zdanie, iż przedstawione w dokumentach oferty urządzenia nie spełniają warunków określonych przez zamawiającego w siwz gdyż zawierają szereg omyłek, nieścisłości i błędów które zamawiający wymienił w sześciu punktach Odwołujący nie kwestionuje prawa zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lecz wskazuje na zarzut, iż wyjaśnienia wykonawcy złożone w piśmie z 28 grudnia 2010 r. prowadzą do zmiany treści oferty. Podniósł, iż każdy parametr przedmiotu

zamówienia opisany w siwz jest dla zamawiającego istotny, gdyby było inaczej to nie zostałyby on ujęty w postanowieniach specyfikacji.

Zamawiający podaje, że zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie zapisów treści oferty gdyż pewne elementy jej treści były niezgodne z warunkami podanymi w siwz. Zdaniem Zamawiającego elementy te nie były istotne dla określenia przedmiotu zamówienia lecz były istotne dla zgodności oferty z jej opisem w siwz. Podniósł, że instytucja wyjaśnień służy do skutecznego udzielenia zamówienia, a tym samym do usunięcia drobnych nieścisłości które pojawiają się w każdej ofercie. Zamawiający mimo otrzymanych wyjaśnień nie dokonywał poprawy złożonej oferty gdyż wyjaśnienia wykonawcy uznał za w pełni za zadowalające. Uznał, że oświadczenia o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz są przesądzające o zgodności złożonej oferty, a tym samym nie było wątpliwości co do woli prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w wersji oczekiwanej przez zamawiającego. Zamawiający wskazał że pomimo użytych sformułowań przez wykonawcę w wyjaśnieniach „otrzymuje następujące brzmienie” nie potraktował ich jako zmianę treści oferty, lecz jako wyjaśnienia co do treści pytań których te odpowiedzi dotyczą.

Pełnomocnik przystępującego na wstępie podniósł zarzut iż jeśli odwołujący kwestionuje prawidłowość działania zamawiającego po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy – przystępującego to winien był to działanie czy zaniechanie działania przez zamawiającego zaskarżyć i wskazuje, że termin do zaskrzenia biegł od 28 grudnia 2010 r., a tym samym podnoszenie tego faktu w odwołaniu z 21 stycznia 2011 r. jest spóźnione. Omyłki które znalazły się w treści oferty w kolejnych punktach oferty są już podawane w sposób prawidłowy, zgodny ze specyfikacją, Tym samym zamawiający na podstawie posiadanej dokumentacji oferty mógł wywieść intencje wykonawcy w tym zakresie.

Wskazuje, że urządzenia oferowane przez wykonawców, są urządzeniami pod dozorowymi, dokumenty z ich wykonania składane są do Wyższego Urzędu Górniczego celem zatwierdzenia – dopuszczenia do ruchu. Tym samym brak jest możliwości aby jakiegokolwiek drobne braki czy nieścisłości miały istotny wpływ na przedmiot zamówienia gdyż w innym przypadku nie zostały by przez WUG dopuszczone do ruchu. Stwierdza, że drobne mankamenty które zauważył Zamawiający nie mają istotnego charakteru z punktu widzenia całej oferty.

Rozpatrując zarzuty odwołania Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, oraz złożone w toku rozprawy wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego a także przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie oraz przystępujący w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej oraz przystąpienia, do toczącego się postępowania odwoławczego, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba orzekając miała na względzie następujące ustalenia faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał w odwołaniu sześć zarzutów które jednak tematycznie odpowiadają dwóm zarzutom , i tak zarzuty z pkt 1-3 stanowią jeden zarzut dotyczący nieuznania wpłaty wadium przez odwołującego i zarzut drugi obejmujący pkt. 4-6 dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1i 2 i w konsekwencji tego naruszenia naruszenie art. 91 ust.1 ustawy pzp..

W zakresie zarzutu pierwszego osiłą sporu jest czynność faktyczna – czy dokonanie wpłaty kwoty wadium w gotówce na rachunek zamawiającego przez podmiot trzeci , nie będący w niniejszym postępowaniu wykonawcą spełnia wymóg właściwego zabezpieczenia wykonania zamówienia. Natomiast drugi zarzut obejmuje spór – czy wezwany przez zamawiającego wykonawca może zamiast złożonych wyjaśnień wskazywać jak winna brzmieć nowa treść danego fragmentu oferty, poprzez użycie zwrotów że dotychczasowa treść „otrzymuje następujące brzmienie” (.....) jak również wskazywać potrzebę dokonania zmiany zapisów oferty które zdaniem odwołującego powodują jej zmianę, a tym samym są niedopuszczalne i czynią złożoną ofertę niezgodną z postanowieniami siwz.

Mając na względzie powyższe ustalenia faktyczne, Izba stwierdza że niewątpliwą kwestią w niniejszym postępowaniu jest fakt ,że wpłacający wadium firma FERRIT Poland sp. z o.o wraz z wpłaceniem kwoty wadium złożyła oświadczenia z którego jasno wynika na czyją rzecz następuje wpłata i jakiego postępowania dotyczy wpłacone wadium. Nadto Izba stwierdza że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nie definiuje

pojęcia „wadium”. Wadium jest kwotą w gotówce lub papierach wartościowych składanych do rąk osoby rozpisującej przetarg, jako gwarancja że oferent(wykonawca) nie zmieni ani nie wycofa złożonej oferty i podpisze w określonym terminie umowę (Słownik języka polskiego pod red. M. Szymczaka tom III str 6480. W razie wycofania oferty po terminie otwarcia ofert albo odmowy zawarcia umowy, wadium przekształca się w zryczałtowane odszkodowanie należne zamawiającemu. Kto jest podmiotem wnoszącym wadium nie ma znaczenia dla skuteczności zabezpieczenia wadialnego, o ile tylko skutecznie zabezpiecza wykonanie zamówienia. Dokument potwierdzający wniesienie wadium powinien w takiej sytuacji wskazywać w czyim imieniu , lub na czyją rzecz, wadium jest wnoszone /komentarz St. Babiarsza do ustawy pzp W-wa 2010 str. 299/.

Ustawa w art. 45 daje pewne wskazówki co do określenia zasady ustalania wysokości wadium, dozwolonych formy jego wnoszenia, zasad zatrzymania wadium oraz jego zwrotu i wpłaty wadium, natomiast nie określa w pełni katalogu zasad wnoszenia wadium. Zwrot z art.45 ust.1 ustawy iż „zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium” nie może być interpretowany jako obowiązek osobistego świadczenia podmiotu składającego ofertę, ale bardziej jako wskazanie strony postępowania na której spoczywa obowiązek wniesienia wadium. Taka interpretacja wykluczałaby możliwość wadialnego zabezpieczenia oferty w sposób wskazany w art. 45 ust.6 pkt. 2-6. Żaden przepis ustawy pzp nie określa przez kogo wadium ma być zapłacone, art. 45 ust. 3 ustawy stanowi tylko że: „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.”, a nie, że to wykonawca wnosi wadium. Nie ma zatem uzasadnienia, aby twierdzić że wniesienie wadium, o którym mowa w ustawie ma być osobistym świadczeniem wykonawcy. Należy podnieść fakt ,że obok wadium w formie pieniężnej ustawodawca dopuścił też wniesienie wadium w formie poręczenia lub gwarancji. W tej formie faktycznie to nie wykonawca składa wadium lecz są to podmioty trzecie, a więc poręczyciel lub gwarant. Wykonawca składa tylko dokument, w którym podmioty te zobowiązują się do zapłaty na rzecz zamawiającego określonej kwoty wadium. Wykonawca zlecając podmiotowi trzeciemu wniesienie w jego imieniu wadium nie ma także obowiązku udzielać mu w tym celu pełnomocnictwa, gdyż wniesienie wadium nie jest czynnością prawną lecz faktyczną.

Tymczasem wadium w formie pieniężnej wpłacone w niniejszym postępowaniu przez podmiot trzeci jest uważane przez zamawiającego za „gorszy” sposób zabezpieczenia oferty niż zabezpieczenia w formie poręczeń i gwarancji, pomimo iż

kwota wadium spoczywa na koncie bankowym zamawiającego, co powoduje, że zamawiający nie ma żadnych trudności, aby dokonać ewentualnego zatrzymania wadium, (przy gwarancji czy poręczeniu jest wymóg zwrócenia się do gwaranta czy poręczyciela). Takie działanie stawiające w gorszej sytuacji wykonawcę dokonującego wpłaty wadium przez osobę trzecią niż wykonawcę składającego wadium w formie gwarancji czy poręczenia jest niezrozumiałe i nie znajduje odbicia w obowiązującym stanie prawnym. Na pewno takim przepisem z którego wynikałby zakaz dokonywania takiej wpłaty nie jest jak twierdzi zamawiający art. 2 pkt. 11 ustawy pzp -słowniczka dokonującego wyjaśnienia pojęć ustawowych.

Izba w tym składzie popiera stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO/UZP 663/08 gdzie Izba uznała, że *„tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego nie wniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania”* Nie było więc podstaw, aby wykluczyć odwołującego z postępowania i odrzucić jego ofertę. Izba w pełni popiera stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO 132/10 gdzie wskazano. że . *„W świetle przepisów Prawa zamówień publicznych brak jest podstaw, aby twierdzić że wniesienie wadium, o którym mowa w ustawie ma być osobistym świadczeniem wykonawcy. Nie wynika to przede wszystkim z ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem ustawa ta nie określa wprost przez kogo te wadium ma być zapłacone. Nie wynika to także z właściwości świadczenia, zwłaszcza że ustawodawca dopuszcza aby do zapłaty wadium w formie innej niż pieniężnej zobowiązywał się podmiot trzeci, a nie wykonawca.”* Zgodzić się zatem należy z odwołującym, iż zasada jaka wypływa poprzez art.14 ustawy pzp z art. 356 kc. który stanowi, że jeżeli indywidualność dłużnika nie ma wpływu na spełnienie świadczenia, nie jest istotne kto je spełni i to do dłużnika należy decyzja czy i w jakim zakresie posłuży się on przy spełnianiu świadczenia osobami trzecimi. Dla wierzyciela jest istotne, aby w razie spełnienia przesłanek zatrzymania wadium otrzymał świadczenie, co w ocenie Izby w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości.

Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy pzp. nie przewidział konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy pzp i wpłata nastąpiła nie przez wykonawcę składającego ofertę, a przez inny podmiot w miejsce wykonawcy W świetle powyższego, w ocenie Izby wadium zostało wniesione skutecznie i zabezpiecza ofertę odwołującego. Dowodu przeciwnego zamawiający nie przedstawił. Nie było więc podstaw, aby wykluczyć odwołującego z

postępowania i odrzucić jego ofertę. Tym samym zamawiający dokonując wykluczenia odwołującego naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 45 ust 1 i 3 ustawy pzp. a tym samym podniesiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 i 2w zakresie przyjęcie wyjaśnień wykonawcy Becker-Warkop sp. z o.o. i poprawienie w ofercie elementów, które prowadzą do zmiany treści oferty, Izba stwierdza ,że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie jednakże nie w zakresie żądań odwołującego, które dla Izby nie są wiążące. Izba jest związana zarzutami a nie treścią żądań odwołującego.

Podstawowym celem wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest przedstawienie rozumienia treści danych zawartych w ofercie, wyjaśnienia te nie mogą treści oferty ani rozszerzać ani ograniczać. Złożone wyjaśnienia wiążą wykonawcę na równi ze złożoną ofertą. Wyjaśnienie wykonawcy nie może prowadzić do dokonania zmian w złożonej ofercie, nawet wówczas gdyby te zmiany były korzystne dla zamawiającego z punktu widzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Funkcjonalny sposób rozumienia przez prawo zamówień publicznych pojęcia oferty nakazuje przyjąć że wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć również załączników do oferty, gdyż są one traktowane jako jej integralna część. W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane odrębną normą komentowanego przepisu. Zakazu negocjacji nie można utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2. Zamawiający zgodnie ze sformułowaniem „zamawiający poprawia” jest zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. Obowiązek ten powstaje niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, ale też poprawienie omyłek nie wyklucza ich poprzedzenia wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty. Za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc że usuwanie omyłek doprowadzi do niewielkiej zmiany treści

oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. To do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla podstawowego aspektu oferowanego świadczenia. Jako nie istotne można uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. O stanowisku zamawiającego co do poprawienia lub nie poprawienia stwierdzonych omyłek zamawiający nie ma obowiązku informowania pozostałych wykonawców, którzy o tym fakcie dowiedzą się dopiero wskutek uzyskania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdzie oferty, w których możliwe było poprawienie omyłek, zostaną przedstawione jako niepodlegające odrzuceniu. Od tego momentu tacy wykonawcy winni obliczać terminy dla skorzystania ze środków ochrony prawnej. Termin ten będzie więc inny dla wykonawcy, którego oferta ulega poprawieniu (liczony od otrzymania zawiadomienia o poprawieniu omyłek), a odmienny dla pozostałych wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie jest, że zamawiający zwracając się do wykonawcy Becker- Warkop sp. z o.o. wskazał w piśmie z 21 grudnia 2010 r. w akapicie 2 ostatnie zdanie, że „ w załączonej przez Państwo do niniejszego postępowania ofercie na str. 8-24 dołączono dokument Charakterystyka techniczna istotnych elementów zamówienia. Przedstawione w tym dokumencie urządzenia nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego”

Zamawiający wskazał w sześciu punktach stwierdzone rozbieżności pomiędzy postanowieniami siwz a treścią złożonej oferty. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe pismo udzielił krótkich odpowiedzi w których poprawił lub doprecyzował zapisy oferty. Izba stoi na stanowisku że z chwilą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, winien on w sposób pełny i precyzyjny wykazać, że jego oferta spełnia wymagania siwz. „Sam zwrot o spełnieniu wymogów siwz nie spełnia wymogu wyjaśnienia, gdyż w tej sytuacji zamawiający ocenia nie złożoną ofertę wykonawcy lecz złożone wyjaśnienia” / wyrok KIO 1048/10/ . Formę pisma wykonawcy z dnia 28.12.2010 roku trudno uznać za wyjaśnienia, raczej jest to arbitralne wskazanie zamawiającemu jak ma brzmieć kwestionowany przez niego zapis z oferty, wskazując że dany punkt oferty „ otrzymuje następujące brzmienie”. Wyjaśnienie „czegoś” to wskazanie powodów i motywów postępowania skutkującego powstanie

określonego stanowiska, czyniącym go zrozumiałym dla szerszego kręgu osób, lub wskazanie nieprawidłowego działania powodującego powstanie określonych zapisów nie będących świadomym i celowym działaniem określonego podmiotu.

Zamawiający pomimo otrzymania wyjaśnień od wykonawcy nie dokonał poprawy stwierdzonych nieprawidłowości w zapisach oferty, tłumacząc to na rozprawie ich nieistotnością, dla określenia przedmiotu zamówienia. Wskazując tylko że były istotne dla zgodności oferty z jej opisem w siwz. Izba w tym zakresie zgadza się częściowo ze stanowiskiem odwołującego który stwierdza „*że „każdy parametr przedmiotu zamówienia ujęty w SIWZ jest istotny dla Zamawiającego jak również dla samego przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdyby był nieistotny nie zostałby ujęty w specyfikacji”*”.

Dokonując analizy nieścisłości zawartych w ofercie pod kątem ich istotności Izba stwierdza, że pewne omyłki czy nawet błędy są mało istotne -jak np. omyłka pisarska nazwy silnika - wpisano „POCLAN” a winno być POCKLAN” czy potrzeba złożenia 4 kompletów dokumentów z zalaminowanymi kartkami czy w końcu podanie okresu gwarancji „24” bez dopisu „miesiący”. Natomiast za błąd istotny powodujący zmianę treści oferty izba uznaje kwestię wymaganej nośności zawiesia szyny. W tym zakresie Izba stwierdza „ze podany w specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do siwz, w pkt A.III.8 (str.1), B.III.8 (str 8) oraz CIII.8 (str. 15) wskazano iż wartość parametru „Nośność zawiesia szyny” ma wynosić nie mniej niż 50 KN. Natomiast w ofercie wykonawca wskazał inną niż wymagana wartość parametru - w pkt A.III.8 (str. 8 oferty), B.III.8. (str. 14 oferty) oraz CIII.8. (str. 19 oferty) wskazano wartość 40 kN. W wyjaśnieniach wykonawca zmienił wartość parametru, podając że: „Oferowana nośność zawiesia szyny, wyszczególniona w punktach A.III.8, B.III.8, CIII.8 wynosi 50 kN”.

Tym samym nastąpiła zmiana określonego w ofercie parametru nośności zawieszenia szyny, a więc elementu istotnego z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkownika przedmiotu zamówienia- kolejek podwieszanych.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę wykonawcy Becker- Warkop sp. z o.o (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia i ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp w

przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

W trakcie postępowania w sposób jednoznaczny ustalono, że zamawiający nie dokonał poprawek omyłek stwierdzonych w ofercie mimo istnienia takiego obowiązku wynikającego z art. 87 ust.2 „zamawiający poprawia w ofercie”, jak również w żaden sposób nie odniósł się do otrzymanych wyjaśnień, obejmując je łącznie określeniem „nieistotne”. Stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie dotyczące nieistotności wszystkich stwierdzonych nieścisłości czy błędów w ofercie stoi w sprzeczności z jego pismem z dnia 21 grudnia 2010 roku dot. wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i wynikało raczej z chęci obrony stanowiska zaniechania wykonania dyspozycji art. 87 ust. 2. Tym samym zamawiający dokonując ponownej oceny ofert winien poddać analizie stwierdzone niezgodności w ofercie oraz złożone wyjaśnienia przez wykonawcę Becker- Warkop sp. z o.o. i w zależności od dokonanych ustaleń zastosować odpowiedni przepis art. 87 ust.2 lub ofertę odrzucić.

Wobec powyższego Izba stwierdzając naruszenie przepisów ustawy nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. Izba nakazuje dokonanie odrzucenia oferty gdy próby wyjaśnienia i naprawy stwierdzonych niezgodności w jej treści wskazują na brak możliwości zastosowania art. 87 ust.2 ustawy pzp.

W niniejszej sprawie zamawiający pomimo posiadania wyjaśnień wykonawcy takiej próby nie podjął, co zdaniem Izby jest uchybieniem z jego strony. Niniejsze orzeczenie Izby nie dyskwalifikuje żadnej ze złożonych ofert, gdyż nadal będą podlegały badaniu i ocenie zamawiającego.

Izba postanowiła jak na wstępie orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba nie zasądziła pełnomocnikowi odwołującego zwrotu kosztów udziału w sprawie gdyż przedłożony dokument o zasądzenie zwrotu kosztów pełnomocnika nie jest rachunkiem. Nie zawiera chociażby minimalnych danych tj. oznaczenie dłużnika/

wierzyciela, mogących skutkować jego uznaniem. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (rozporządzenie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania) wymaga udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.)..

Przewodniczący