

Sygn. akt 69/09

WYROK
z dnia 29 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

**Członkowie: Małgorzata Rakowska
Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 stycznia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Żukowo, ul. Gdańska 52, 83 – 330 Żukowo** protestu z dnia **29 grudnia 2009r.**

przy udziale Elwoz Sp. z o. o. Ewa Mydlarska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Zamawiającego oraz **XXX** po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 476 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt sześć złotych groszy) przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud”, Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański** na rzecz **Gminy Żukowo, ul. Gdańska 52, 83 – 330 Żukowo**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański**.

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

Gmina Żukowo, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), dalej „Pzp, prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia publicznego na *„Budowę Sali gimnastycznej przy Zespole Publicznego Gimnazjum i Szkoły Podstawowej w Przyjaźni z węzłem sanitarnym, szatniami i salkami dydaktycznymi z wyposażeniem sportowym i szkolnym wraz z zagospodarowaniem terenu i budową przyłączy.”*

Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31.10.,2008 r., nr ogłoszenia: 294247 – 2008.

W dniu 23.12.2008 r. Zamawiający zawiadomił, w pismach z tej samej daty, Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, zwaną dalej „Odwołującym”, która złożyła ofertę w tym przetargu, o jej wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia oraz o odrzuceniu jej oferty.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Zamawiający podał, iż czynności tej dokonał na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu podał, iż, cyt.: „Wykonawca do oferty dołączył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jednakże w treści gwarancji ubezpieczyciel wskazał jako zobowiązanego dwa podmioty (konsorcjum): Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane S-Bud S.A. i DEKPOL Sp. z o.o. Pinczyn. Tymczasem oferta została złożona tylko przez jeden podmiot tj. firmę S-Bud S.A. ze Starogardu Gd. Wobec powyższego stwierdzono, iż przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiona na inny podmiot niż ten, który złożył ofertę a więc oferta nie została zabezpieczona wadium.

Ponadto w ofercie stwierdzono, że Wykonawca przedstawił osobę pełniącą funkcję kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie tylko w zakresie instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (brakuje wymaganych uprawnień w zakresie sieci). Zamawiający zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, gdyż oferta jest niezabezpieczona wadium i z tego powodu Wykonawca został wykluczony a jego oferta podlega odrzuceniu”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, iż ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskutek wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 29.12.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest (w piśmie z tej samej daty) Odwołującego na:

1) czynności zamawiającego:

- wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- badania i oceny ofert, w następstwie których zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „ELWOZ” Sp. z o.o. z Miechucina – w sytuacji, gdy oferta Odwołującego została zabezpieczona wadium i jest ofertą najkorzystniejszą,

2) zaniechanie Zamawiającego w zakresie czynności:

- wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu -posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 24 ust. pkt 4 i ust.4 oraz art.89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty - w sytuacji kiedy oferta została zabezpieczona wadium,

2) art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci.

Jednocześnie, Odwołujący zażądał:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia oprotestowanych czynności, tj.:

- dokonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia brakującego dokumentu na potwierdzenie posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci,

i

- dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert,

lub

- dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu dokumentu potwierdzającego posiadanie osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci - dołączonego do protestu,

3) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej .

W uzasadnieniu zarzutów protestu Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

Odwołujący załączył do oferty dokument wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania z tego powodu, że „przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiona na inny podmiot niż ten, który złożył ofertę, a więc oferta nie została zabezpieczona wadium”.

Wykonawca nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, który niesłusznie uznał, że gwarancja została wystawiona na zlecenie Konsorcjum, nie wynika to z treści gwarancji.

Z treści gwarancji wynika jedynie, iż gwarancja została wystawiona na zlecenie dwóch spółek, jedną z nich jest Odwołujący.

Oba wskazane w gwarancji podmioty są osobnymi, samodzielnie funkcjonującymi organizmami gospodarczymi.

Odwołujący podniósł, iż w niniejszej sprawie istotnym jest, czy złożone przez Wykonawcę wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej - wydanej na zlecenie dwóch podmiotów,

w tym Odwołującego, zabezpiecza ofertę w świetle Pzp. Zdaniem Odwołującego złożone wadium stanowi zabezpieczenie zgodne z ustawą.

O braku wadium można by mówić dopiero wtedy, gdyby na podstawie wystawionej gwarancji Zamawiający nie mógł dochodzić swoich roszczeń z wadium. Sytuacja taka nie ma miejsca. Zamawiający - z tak wystawionej gwarancji - może dochodzić roszczeń z wadium.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu braku wadium nie uzasadnił, dlaczego uznał, że oferta nie została zabezpieczona wadium w sytuacji kiedy:

- złożona gwarancja ubezpieczeniowa została wydana na zlecenie Odwołującego,
- z gwarancji Zamawiający może dochodzić swych roszczeń wynikających z wadium,
- nie jest ważne kto wnosi wadium, ważne jest, że zabezpiecza ono określoną ofertę, a złożone wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zabezpiecza ofertę Odwołującego, Zamawiający nie wskazał też podstawy prawnej, na której się oparł, przyjmując, że złożona gwarancja nie stanowi wadium.

Przywołanie w gwarancji jako Zobowiązanego dwóch spółek - dwóch osobnych podmiotów gospodarczych - nie uniemożliwia realizacji uprawnień Zamawiającego (Beneficjenta gwarancji) opisanego w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ponieważ obowiązek wypłaty z gwarancji powstaje w przypadku powstania okoliczności wskazanych w pkt 1 ppkt 1-4 przy udziale któregośkolwiek z podmiotów wskazanych w gwarancji jako Zobowiązany (tym bardziej, że gwarancja nie stanowi, iż oba podmioty są łącznie zwane Zobowiązanym, dlatego też dla uznania zajścia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie jest konieczne jednoczesne działanie obu podmiotów wskazanych w gwarancji.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowa Gwarancja zapłaty wadium spełnia wszystkie wymogi Pzp oraz wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera poprawne oznaczenie Zamawiającego, Wykonawcy, przedmiotu zamówienia, wysokości wadium, okresu związania ofertą i okoliczności przypadku wadium. Tym samym gwarancja ta w pełni zabezpiecza roszczenia Zamawiającego w przypadku zaistnienia jakiegokolwiek okoliczności, o której mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż jego stanowisko znajduje także oparcie w załączonym do protestu oświadczeniu ubezpieczyciela - InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna w Warszawie.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie wezwanie Odwołującego o uzupełnienie dokumentu na potwierdzenie posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia

budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci sanitarnych. Odwołujący załączył do protestu kserokopię decyzji o nadaniu wymaganych przez Zamawiającego uprawnień budowlanych osobie, której zamierza powierzyć funkcję kierownika robót sieci sanitarnych, a także zaświadczenie o przynależności do P.O.I.I.B.

Odwołujący podniósł, iż działania i zaniechania Zamawiającego naruszają interes prawny Odwołującego. Zamawiający bowiem, w ocenie Odwołującego, bezpodstawnie uznał, że jego oferta nie została zabezpieczona wadium, co doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wadium i wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót posiadającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci, to w wyniku badania i oceny ofert musiałby przyjąć, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego.

W dniu 02.01.2009 r., na wezwanie Zamawiającego dnia 30.12.2008 r. do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, do postępowania protestacyjnego zgłosił przystąpienie wykonawca „ELWOZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Miechucinie, opowiadając się przeciwko zarzutom podniesionym w proteście i wnosząc o oddalenie protestu.

Rozstrzygnięciem z dnia 07.01.2009 r. Zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, iż:

1) W treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 1502/03/614/2008/G z dnia 13.11.2008 r. „Gwarant - InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Wiena w Warszawie podał, iż gwarancji udziela „działając na zlecenie: Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane S-BUD S.A. (...) oraz DEKPOL Sp. z o.o. (...) zwanych dalej „Zobowiązany”. Zdaniem Zamawiającego, „Celowo Gwarant pomiędzy podmiotami użył spójnika „oraz” aby podkreślić, iż oba podmioty występują łącznie jako jeden twór. W sytuacji złożenia oferty tylko przez Starogardzkie Przedsiębiorstwo S-Bud S.A. niejasność dla Zamawiającego w zakresie ewentualnej możliwości wystąpienia z roszczeniem zapłaty wadium do Gwaranta. W tych okolicznościach nie ma jednoznacznie określonego podmiotu zobowiązanego, którego działanie lub zaniechanie rodzi skutki w postaci możliwości realizacji przez Zamawiającego roszczeń z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej. Wobec takiego zapisu Zamawiający nie ma pewności jak ma realizować postanowienia pkt. 1 gwarancji wadium gdzie np. ppkt 1 stanowi „Zobowiązany odmówił podpisania umowy...”. Skoro Gwarant pod określeniem „zobowiązany” wskazuje obie firmy a oferta nie została złożona przez oba podmioty to czy Zamawiający ma w przypadku odmowy podpisania umowy przez

Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane S-Bud S.A. (firmę, która złożyła ofertę) wystąpić z żądaniem podpisania umowy do firmy Dekpol Sp. z o.o. (firma, która nie złożyła oferty), a dopiero w przypadku i jej odmowy wystąpić do Gwaranta z roszczeniem zapłaty wadium.”

Odnosnie oświadczenia złożonego przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 29.12.2008 r. Zamawiający stwierdził, iż nie może brać pod uwagę jego treści, ponieważ zawarte w nim wyjaśnienia uzupełniają treść gwarancji ubezpieczeniowej – wadium po upływie terminu składania ofert. Podniósł, iż nie jest dopuszczalne uzupełnienie treści gwarancji wadium, po upływie terminu składania ofert, gdyż Pzp przewiduje możliwość uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a gwarancja ubezpieczeniowa takim dokumentem nie jest.

Zamawiający podniósł także, iż gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na oba podmioty, co każe Zamawiającemu przypuszczać, iż Gwarant badał kondycję finansową obu podmiotów i widocznie z jakiś powodów wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej tylko na jeden podmiot było niemożliwe. Ubezpieczyciel przed wystawieniem gwarancji sprawdza kondycję finansową firmy, wraz z wnioskiem o wystawienie gwarancji żąda sprawozdania finansowego, dokumentów rejestrowych, referencji z poprzednich kontraktów i weksla in blanco. Podmiot, który chce uzyskać gwarancję ubezpieczeniową winien legitymować się dobrą kondycją finansową aby mógł zapewnić ubezpieczycielowi ściągalność wypłaconej kwoty wadium. W przedmiotowej sytuacji gwarancja ubezpieczeniowa została wydana na zlecenie dwóch podmiotów, przy uwzględnieniu stanu finansowego obu podmiotów.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał w rozstrzygnięciu protestu, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu dokonania wyboru oferty firmy ELWOZ Sp. z o.o., Zamawiający stwierdził, iż na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Skoro oferta Odwołującego została odrzucona, a jedynym kryterium oceny ofert była cena, Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy ELWOZ Sp. z o.o., gdyż spośród nie odrzuconych ofert oferta firmy ELWOZ Sp. z o.o. miała najniższą cenę.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający stwierdził, iż nie

wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż oferta Odwołującego nie była zabezpieczona w sposób prawidłowy wadium.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, posiadającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci, gdyż zgodnie z treścią art. 26 ust 3 ustawy Zamawiający jest zwolniony z tego obowiązku jeżeli mimo uzupełnienia tego dokumentu oferta Wykonawcy podlegałaby i tak odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp.

W dniu 13.01.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego.

W odwołaniu tym Odwołujący podtrzymał podniesione w proteście zarzuty i argumentację oraz wniósł o:

1) nakazanie unieważnienia :

- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty,

2/ nakazanie powtórzenia oprotestowanych czynności, tj.:

- czynności wezwania Odwołującego do złożenia brakującego dokumentu-na potwierdzenie posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci,

i

- nakazanie dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert,

lub

- nakazanie dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu dokumentu potwierdzającego posiadanie osoby pełniącej funkcję kierownika robót, mającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci - przekazanego Zamawiającemu przy proteście.

W dniu 26.12.2009 r. do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił Wykonawca „ELWOZ” Sp. z o.o., po stronie Zamawiającego.

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

Zarzuty podniesione w odwołaniu zostały ocenione przez Izbę jako bezzasadne.

Istotą sporu jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w wyniku uznania przez Zamawiającego braku wniesienia przez Odwołującego wadium. Wskutek tego wykluczenia Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą, w świetle art. 24 ust. 4 Pzp. Oddalając protest Odwołującego Zamawiający nie podzielił zarzutów naruszenia powołanych wyżej przepisów Pzp, a także zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania osoby pełniącej funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci, gdyż – jak podniósł Zamawiający – mimo złożenia tego dokumentu oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Skład orzekający Izby na wstępie zważył na przepisy prawa oraz postanowienia Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), w zakresie podniesionych naruszeń prawa.

Na wstępie należy zauważyć, że Pzp nie definiuje pojęcia „wadium”. Definicję legalną wadium zawiera nie tylko Pzp. Znajduje się ona także w art. 704 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty.

Pzp określa zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy jego wnoszenia, zasady zatrzymania wadium oraz jego zwrotu.

Do gwarancji ubezpieczeniowej odnosi się art. 3 ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, w świetle którego do czynności ubezpieczeniowych zalicza się między innymi zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowych. Przepisy prawa nie regulują jakie elementy gwarancja ubezpieczeniowa winna zawierać. Niewątpliwie, gwarancja ubezpieczeniowa winna gwarantować wypłatę przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek wystąpienia określonego w gwarancji zdarzenia losowego.

Zgodnie z art. 45 Pzp:

- ust. 1: Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- ust. 2: Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium;
- ust. 3: Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert;
- (...);

Zgodnie z art. 45 ust. 6 Pzp wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach wymienionych w przywołanym przepisie, w tym w gwarancjach ubezpieczeniowych.

Wadium zabezpiecza ofertę. Zgodnie bowiem z przepisami:

- art. 4a: 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. 5. 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.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zażądał od wykonawców, zgodnie z art. 45 ust. 2 Pzp, wniesienia wadium. W ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt III.1) „Warunki dotyczące zamówienia” Zamawiający zawarł wymóg wniesienia wadium w wysokości 70.000 zł. Wymagania dotyczące wadium Zamawiający doprecyzował w rozdziale X SIWZ. Określił w jakiej wysokości, w jakich formach, w jaki sposób i w jakim terminie ma ono być wniesione.

Odwołujący, przed upływem terminu składania ofert, złożył u Zamawiającego dokument pn.: „Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 1502/03/614/2008/G.” wystawiony w dniu 13.11.2008 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna w Warszawie.

Rozpatrując zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie wniesienia wadium, skład orzekający Izby ustalił:

W treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 1502/03/614/2008/G z dnia 13.11.2008 r. „Gwarant - InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Viena w Warszawie podał, iż gwarancji udziela „działając na zlecenie: Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane S-BUD S.A. (...) oraz DEKPOL Sp. z o.o. (...) zwanych dalej „Zobowiązany” oraz wskazał okoliczności, w których wypłaci na rzecz Beneficjenta gwarancji określoną w tym dokumencie kwotę. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego, iż oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Po pierwsze, istotne znaczenie z punktu oceny spełnienia wymogu wniesienia wadium ma sposób zdefiniowania w dokumencie ubezpieczeniowej gwarancji „Zobowiązanego”. W pkt 1 badanego dokumentu Gwarant określił, że Zobowiązany są dwa podmioty. Wynika to wprost z zapisu: „...działając na zlecenie: Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane S-Bud S.A. (...) oraz DEKPOL Sp. z o.o., 83-251 Pinczyn, ul. Gajowa 31 (zwanych dalej „Zobowiązany”) niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwoty 70.0000 zł (...) do wpłacenia której na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu wadium zgodnie z warunkami przystąpienia do przetargu (specyfikacją przetargu), a do której zwrotu Zobowiązany traci prawo w przypadku następujących okoliczności (...)”. Okoliczności te Gwarant wyszczególnił w Ubezpieczeniowej Gwarancji, w ust. 1 pkt 1)-4), o następującym brzmieniu:

- „1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- 2) Zobowiązany nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego,
- 3) Zobowiązany na wezwanie Beneficjenta gwarancji z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,
- 4) Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.”

W przytoczonych zapisach Ubezpieczeniowej Gwarancji zdefiniowano „Zobowiązanego” jako dwa podmioty. Tymczasem ofertę w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie złożył jedynie Odwołujący, wnosząc zakwestionowany przez Zamawiającego dokument Ubezpieczeniowej Gwarancji.

Skład orzekający Izby uznał za zasadne rozważenie, czy w sytuacji, gdy gwarancja została udzielona dwóm podmiotom, z których tylko jeden złożył ofertę, Zamawiający może, w stosunku do każdego z nich, wykonywać uprawnienia wynikające z wadium.

Zamawiający może bowiem wykonywać swoje uprawnienia z wadium, jeżeli uchybień, o której wyżej mowa dopuściłby się zobowiązany. Skoro w niniejszej Ubezpieczeniowej Gwarancji po pojęciu „Zobowiązany” występują dwa podmioty, z których tylko jeden złożył

ofertę, to nie zajdzie przesłanka, która upoważni Zamawiającego do realizacji gwarancji. Podmiot który nie złożył oferty nigdy nie uchybi obowiązkom wskazanym w Ubezpieczeniowej Gwarancji (w pkt 1 ppkt 1)-4), gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty. Z tych względów, wobec wadliwego oznaczenia Zobowiązanego, przedmiotowa gwarancja jest nieegzekwowalna. Dlatego nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego.

Ustaleń składu orzekającego Izby, z przyczyn wyżej podanych, nie zmienia w tym zakresie oświadczenie Gwaranta zawarte w piśmie z dnia 29.12.2008 r., iż prawidłowo wskazał Zobowiązanego, a przedmiotowa gwarancja zabezpiecza ofertę. Oświadczenie to pozostaje bez znaczenia z punktu oceny spełnienia wymogu wniesienia wadium, jako złożone po upływie terminu składania ofert.

W świetle powyższych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W następstwie tego wykluczenia Zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego, zgodnie z dyspozycją z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, co uczynił.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający słusznie podniósł, że wadliwie wniesionego wadium nie można konwalidować po upływie terminu składania ofert. Wobec zasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia jego oferty brak było podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie budowy sieci. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje bowiem zastosowania, gdy mimo złożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Z tych względów nie potwierdziły się zarzuty odwołania.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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), uwzględniając koszty dojazdu w oparciu o przedłożone na rozprawie zestawienie kosztów.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*