

**Sygn. akt KIO/UZP 266/09**

**WYROK**  
**z dnia 20 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Arcadis Sp. z o. o., Pont – Projekt Sp. z o. o., Ryszard Kowalski Pracownia Projektowa Dróg i Mostów DIM, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** protestu z dnia 18 lutego 2009 r.

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty oraz powtórzyć czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert, oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** 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 **Arcadis Sp. z o. o., Pont – Projekt Sp. z o. o., Ryszard Kowalski Pracownia Projektowa Dróg i Mostów DIM, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** na rzecz **Arcadis Sp. z o. o., Pont – Projekt Sp. z o. o., Ryszard Kowalski Pracownia Projektowa Dróg i Mostów DIM, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa procesowego,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Arcadis Sp. z o. o., Pont – Projekt Sp. z o. o., Ryszard Kowalski Pracownia Projektowa Dróg i Mostów DIM, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa.**

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

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie (Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie opracowania pn. >>Studium wykonalności Zachodniego Drogowego Obejścia Miasta Szczecina" wraz z "Raportem oddziaływania na środowisko"<<. Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu **19.09.2008 r.** pod numerem 2008/S 182-241821 Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie: [www.bip.um-NIP: 526-021-08-95](http://www.bip.um-NIP:526-021-08-95).

**10.02.2009 r.** zamawiający powiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Scott Wilson sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Scott Wilson Ltd. z siedzibą w Hampshire RG21 7PP;
- 2) wykluczeniu wykonawcy:
  - a) Arcadis sp. z o.o., ul. Puławska 182 02-670 Warszawa,
  - b) Pont-Projekt sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 209, 80-266 Gdańsk,
  - c) Ryszard Kowalski Pracownia Projektowa Dróg i Mostów DIM, ul. Sosnowa 6a, 71-68 Szczecin;
- 3) uznaniu oferty wykluczonego wykonawcy za odrzuconą.

**18.02.2009 r.** wykonawca konsorcjum Arcadis złożył protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz czynność wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: Scott Wilson sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Scott Wilson Ltd z siedzibą w Hampshire RG21 7PP. Wykluczenie zostało dokonane na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a oferta protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 5) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący podnosi, iż dokument gwarancji wadialnej został złożony i nie zawiera błędu, wobec czego nie wymaga on uzupełnienia. Wadium wniesione w sposób, w jaki to uczynił protestujący zabezpiecza jego ofertę przez cały okres związania ofertą, a zamawiający może z tak wniesionego wadium skorzystać bez uszczerbku dla własnego interesu.

Nazwanie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego (zamiast Województwa Zachodniopomorskiego posiadającego osobowość prawną) beneficjentem gwarancji bankowej, nie oznacza nieprawidłowości wystawionej przez bank gwarancji bankowej. Pozostałe elementy gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego nie budzą wątpliwości zamawiającego.

Ponadto protestujący wnosi o uzupełnienie oferty o brakujące zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana Stanisława W. i Pani Marii Z.

Protestujący dołączył do protestu oświadczenie z 12.02.2009 r. wystawcy gwarancji (ABN AMRO Bank Polska S.A.), w którym stwierdza się, iż wystawiona gwarancja bankowa

jest skuteczna także w odniesieniu do Województwa Zachodniopomorskiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego.

**27.02.2009 r.** zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony po terminie. Ponadto zamawiający stwierdził, że protest i tak musiałby zostać oddalony, gdyż protestujący nie wniósł wadium i żaden przepis nie dopuszcza zmiany tego stanu. Protestujący wskazał jako beneficjenta gwarancji bankowej – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, a zamawiającym jest Województwo Zachodniopomorskie.

Uzasadniając swoje stanowisko protestujący powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2008 r. (sygn. akt. KIOIUZP 863/08) potwierdzający tezę jakoby sposób oznaczenia beneficjenta gwarancji nie decydował o jej skuteczności. Na potwierdzenie tej tezy złożono także oświadczenie wystawcy gwarancji (ABN AMRO Bank Polska S.A.), w którym stwierdza się, iż wystawiona gwarancja bankowa jest skuteczna także w odniesieniu do Województwa Zachodniopomorskiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego.

Ponadto zamawiający podzielił stanowisko wnoszącego protest w sprawie uzupełnienia oferty o brakujące zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana Stanisława W. i Pani Marii Z.

Obowiązek oznaczenia beneficjenta gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej w ściśle określony sposób wypływa z treści specyfikacji. Zgodnie z rozdziałem IX pkt 9.3 specyfikacji „[...] w przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż pieniężna, wykonawca dołącza do oferty kopię dokumentu, natomiast oryginał składa w kasie zamawiającego lub dołącza do oferty oryginał dokumentu w oddzielnej kopercie. Wadium wnoszone w innej formie niż pieniąż musi być wystawione na Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski, 70-540 Szczecin, ul. Korsarzy 34.”.

O odrębności pojęć „Województwo Zachodniopomorskie” i „Urząd Marszałkowski” przesądzają także nie tylko przepisy rangi ustawowej, ale także przepisy Statutu Województwa Zachodniopomorskiego oraz Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego.

Zamawiający przychylił się do stanowiska dotyczącego nieprawidłowej oceny zakresu zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego.

**05.03.2009 r.** protestujący wniósł odwołanie, gdyż zamawiający odrzucił protest odwołującego jako wniesiony – zdaniem zamawiającego – z uchybieniem ustawowych terminów. Ponadto zamawiający potwierdził ponownie swoje stanowisko w zakresie zasadności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający naruszył przepis art. 184 ust. 2 w zw. z art. 94 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw uznając, iż Odwołujący nie dotrzymał terminu na wniesienie protestu pomimo, iż zgodnie z obowiązującymi dla przedmiotowego postępowania przepisów wynika, że wykonawcom przysługuje termin 10-dniowy, a nie 7-dniowy.

Zamawiający naruszył także przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uznając, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu wadliwy dokument gwarancji wadialnej, a w konsekwencji przyjmując iż wadium to nie zostało złożone.

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający – przez wadliwą interpretację przepisów skrócił wykonawcom termin na wniesienie środka ochrony prawnej przysługujący im zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 Pzp.

Pismem z dnia 10 lutego b.r. (znak: WII.T.ILTK.3321/17/08) Zamawiający poinformował, iż odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (jako wniesiona przez wykonawcę wykluczonego). Na powyższą czynność Odwołujący wniósł protest w dniu 18 lutego b.r., tj. w terminie 10 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zamawiający odrzucił protest jako wniesiony ósmego dnia od dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, ponieważ jego zdaniem termin na złożenie protestu wynosił 7 dni.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia istotnie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (dalej "nowelizacja Pzp"), tym niemniej zgodnie z art. 4 ust. 2 tejże ustawy *Do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art.1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.* Zgodnie z brzmieniem działu VI Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją Pzp (art. 180 ust. 2), protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (wartość zamówienia przekracza kwotę 206 000 euro). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia protestu powołuje się na

przepis art. 94 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (tj. w dniu 17 września 2008 r.), zgodnie z którym zamawiający zawiera umowę w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. Przepisy przejściowe nie przewidują możliwości powoływania się na brzmienie art. 94 ust. 1 Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją Prawa zamówień publicznych w przypadku postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych. Nie oznacza to i nie może to w żadnym wypadku oznaczać, że legalne jest skracanie terminów wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców. Stanowisko zamawiającego – gdyby je przyjąć – czyniłoby bezprzedmiotową regulację przepisu art. 4 ust. 2 nowelizacji Prawa zamówień publicznych, a to przesądza o jego niesłuszności. Niedopuszczalne jest ograniczanie wykonawcom prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej wbrew przepisom ustawy przez sprzeczną z tymi przepisami interpretację przepisu art. 94 ust. 1 Pzp.

Nie jest zatem prawdą, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający „(...) był więc uprawniony do zastosowania art. 94 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 października 2008 r., co oznacza, że mógł zawrzeć umowę w dniu 18 lutego 2009 r. (...)”. W przypadku, w którym zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej, umowa ta jest nieważna jako że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Naruszenie to polegało na uniemożliwieniu wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących im na mocy powszechnie obowiązujących przepisów, a w rezultacie na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Protest został wniesiony w terminie i niezasadne było jego odrzucenie.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego, w przypadku Odwołującego zachodzi okoliczność określona w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium. Zamawiający nie uznaje dokumentu gwarancji bankowej złożonego przez odwołującego wraz z ofertą (numer GWU/2008/74528, wystawiony przez ABN AMRO Bank Polska S.A.) jako skutecznie zabezpieczającego złożoną ofertę z następujących powodów:

- 1) dokument gwarancji bankowej jako beneficjenta traktuje Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, a nie Województwo Zachodniopomorskie, co – zdaniem Zamawiającego oznacza nieprawidłowo wystawioną gwarancję;
- 2) z gwarancji wystawionej na nieprawidłowo oznaczonego beneficjenta nie będzie można się zaspokoić w sytuacji aktualizacji przesłanek utraty wadium;

- 3) dnia 13 października 2006 r. nie działający już Zespół Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wydał wyrok (sygn. akt UZP/ZO/02599/06) zgodnie z którym – w przypadku wskazania jako beneficjenta gwarancji bankowej Zarządu Województwa Śląskiego, zamiast Województwa Śląskiego – wadium należy uznać za nieprawidłowo wniesione;
- 4) w odniesieniu do dokumentu gwarancji wadialnej Zamawiający nie jest uprawniony do żądania uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp bądź złożenia wyjaśnienia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp;
- 5) przyjęcie ewentualnie dodatkowego dokumentu Odwołującego stanowiłoby naruszenie zasady równości wykonawców;
- 6) wbrew twierdzeniom odwołującego wada gwarancji bankowej wskazana w pkt 1 powoduje że nie będzie można się z niej zaspokoić;
- 7) Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego nie może być utożsamiany z osobą prawną prowadzącą przedmiotowe postępowanie, tj. z Województwem Zachodniopomorskim.

**Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wysłuchała wyjaśnień stron i przystępującego.**

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że protest został złożony w terminie zgodnie z rozdziałem VI w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 roku, gdyż zgodnie z art. 4 ust. 2 **ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058)**, do postępowań nie zakończonych do 24 października 2008 r., bez względu na termin ich wszczęcia stosuje się unormowania w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r. Sprzeczność art. 94 Pzp podniesiona przez zamawiającego jest bez znaczenia ze względu na cel ustawy, jakim było umożliwienie wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z brzmieniem przepisów znowelizowanych. Brzmienie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp, nie statuuje samoistnych przesłanek ograniczających możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Dopiero

zawarcie umowy powodowałoby – zgodnie z art. 180 ust. 6 Pzp – niemożliwość korzystania z tego typu środków ochrony prawnej i w takiej sytuacji miałyby zastosowanie inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Zamawiającego, w przypadku odwołującego zachodzi okoliczność określona w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium. Zamawiający nie uznaje dokumentu gwarancji bankowej złożonego przez odwołującego wraz z ofertą (numer GWU/2008/74528, wystawiony przez ABN AMRO Bank Polska S.A.) jako skutecznie zabezpieczającego złożoną ofertę z następujących powodów:

- 1) dokument gwarancji bankowej jako beneficjenta traktuje Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, a nie Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, co – zdaniem Zamawiającego oznacza nieprawidłowo wystawioną gwarancję;
- 2) z gwarancji wystawionej na nieprawidłowo oznaczonego beneficjenta nie będzie można się zaspokoić w sytuacji aktualizacji przesłanek utraty wadium;
- 3) dnia 13 października 2006 r. nie działający już Zespół Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wydał wyrok (sygn. akt UZP/ZO/02599/06) zgodnie z którym – w przypadku wskazania jako beneficjenta gwarancji bankowej Zarządu Województwa Śląskiego, zamiast Województwa Śląskiego – wadium należy uznać za nieprawidłowo wniesione;
- 4) w odniesieniu do dokumentu gwarancji wadialnej Zamawiający nie jest uprawniony do żądania uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp bądź złożenia wyjaśnienia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp;
- 5) przyjęcie ewentualnie dodatkowego dokumentu Odwołującego stanowiłoby naruszenie zasady równości wykonawców;
- 6) wbrew twierdzeniom odwołującego wada gwarancji bankowej wskazana w pkt 1 powoduje że nie będzie można się z niej zaspokoić;
- 7) Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego nie może być utożsamiany z osobą prawną prowadzącą przedmiotowe postępowanie, tj. z Województwem Zachodniopomorskim.

Dokument gwarancji wadialnej został złożony wraz z ofertą we właściwym terminie i nie zawiera błędów, wobec czego nie wymaga on uzupełniania. Wadium wniesione w sposób, w



jaki to uczynił odwołujący zabezpiecza jego ofertę przez cały okres związania ofertą, a zamawiający może z tak wniesionego wadium skorzystać bez uszczerbku dla własnego interesu.

Nazwanie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego (zamiast Województwa Zachodniopomorskiego – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego) beneficjentem gwarancji bankowej, nie oznacza nieprawidłowości wystawionej przez bank gwarancji bankowej. Pozostałe elementy gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego nie budzą wątpliwości zamawiającego.

Województwo, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, ma osobowość prawną i działa przez swoje organy, tj. sejmik województwa i zarząd województwa. Zgodnie natomiast z § 1 ust. 1 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego: „Urząd jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, przy pomocy której organy Województwa wykonują swoje zadania”. Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego stanowi więc wyodrębniony organizacyjnie zespół ludzi i środków, powołany do realizacji kompetencji organów województwa i działa w obrocie cywilnoprawnym w zastępstwie województwa.

W związku z tym nieuzasadnione jest twierdzenie zamawiającego o nieprawidłowości dokumentu gwarancji wadialnej wynikającej z tego, że jako jej beneficjenta wskazano inny podmiot prawa niż zamawiający. Beneficjentem gwarancji wadialnej jest zamawiający, tj. Województwo Zachodniopomorskie, jeśli nawet w dokumencie gwarancji bankowej wskazano jednostkę organizacyjną, jaką jest Urząd Marszałkowski, przy pomocy której Województwo Zachodniopomorskie realizuje swoje zadania.

Stanowisko Zamawiającego, iż nie będzie on mógł zaspokoić się z gwarancji wadialnej, która beneficjentem nazywa Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, a nie Województwo Zachodniopomorskie bezpośrednio, jest nieuzasadnione.

Ponadto odwołujący już z protestem przedstawił zamawiającemu oświadczenie wystawcy gwarancji (oświadczenie ABN AMRO Bank Polska S.A. z dnia 12 lutego 2009 r.) potwierdzające skuteczność zobowiązania wobec Województwa Zachodniopomorskiego. Oświadczenie wystawcy gwarancji nie jest nowym czy dodatkowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ono jedynie potwierdza w sposób ostateczny, iż zarzut zgodnie z którym zamawiający nie będzie mógł zaspokoić się z gwarancji wadialnej jest nieuzasadniony.

Złożenie na ręce zamawiającego oświadczenia wystawcy gwarancji wadialnej, jak również wzięcie pod uwagę tego oświadczenia przez zamawiającego przy rozstrzygnięciu protestu, nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. O tym, że dopuszczalne jest uwzględnienie oświadczenia wystawcy gwarancji dodatkowo dowodzi wyrok Sądu

Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. dotyczący prawidłowego złożenia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej tylko na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia (sygn. akt II Ca 489/06). Sąd Okręgowy w Poznaniu wydając wyrok oparł się m.in. na oświadczeniu wystawcy gwarancji wadialnej, który potwierdził skuteczność swojego zobowiązania i nie dopatrył się w tym naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp lub zasady równego traktowania wykonawców.

Sam zamawiający w oznaczeniu podmiotu prowadzącego postępowanie w wielu dokumentach przetargowych (w ogłoszeniu o zamówieniu czy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przywołuje obie instytucje. Np. na górze karty tytułowej specyfikacji pod herbem widnieje napis, cyt. „Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego”. Również na str. 5 w cz. II „Instrukcje dla wykonawców” rozdz. I „Forma oferty” ust. 1.16 specyfikacji widnieje postanowienie, cyt. „Opakowanie winno być [...] zaadresowane do Zamawiającego na adres: Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego [...]”.

Nawet w protokole postępowania na druku ZP-1 widnieje pieczęć z treścią cyt. „Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego [...]”.

Ze względu na tak nieprecyzyjne postanowienia specyfikacji, nie można obciążać konsekwencjami tych nieścisłości wykonawców. Szczególnie wobec oświadczenia banku, wystawcy gwarancji z dnia 12.02.2009 r. Oświadczenia tego nie można traktować jako dodatkowego dokumentu, gdyż na jego podstawie nie zostanie dokonana jakakolwiek zmiana oferty.

Wyrok dnia 13 października 2006 r. Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. akt UZP/ZO/02599/06) był wydany w innej sytuacji prawnej. Stan faktyczny przedmiotowej sprawy jest analogiczny ze stanem, który został rozstrzygnięty wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 3 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 863/08) cyt. „W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący Gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum. Izba ustaliła, że istotnie, złożona przez Konsorcjum Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr [...] jako beneficjenta wskazuje Urząd Miasta Malborka. Jednocześnie w § 1 Gwarancji prawidłowo wskazany został przedmiot postępowania oraz kwota wadium. Bezspornym w sprawie jest fakt, iż prawidłowe byłoby wskazanie zarówno w dokumentacji przetargowej, jak i w ww. Gwarancji jako zamawiającego Gminy Miasta Malborka, jednakże zważyć należy, że gmina, posiadając osobowość prawną (art. 2 ustawy o samorządzie gminnym), działa przez swoje organy powołane do jej reprezentacji tj. w przypadku Gminy Miasta Malborka - burmistrza. Zgodnie z art. 33 ustawy o samorządzie gminnym burmistrz wykonuje zadania przy pomocy urzędu miasta. Jest on kierownikiem urzędu, nadaje regulamin organizacyjny urzędu, który określa organizację i zasady jego funkcjonowania. Regulamin Organizacyjny Urzędu Miasta w Malborku w § 5 stanowi, że

Urząd realizuje zadania własne, wynikające z ustaw, statutu miasta i uchwał Rady, zlecone z zakresu administracji rządowej, przekazane gminie z mocy obowiązujących ustaw, przejęte w drodze porozumień zawartych z organami administracji rządowej oraz zadania powierzone na podstawie porozumień zawartych z jednostkami samorządu terytorialnego. Urząd jest więc jednostką organizacyjną gminy powstałą z mocy ustawy, zapewniającą obsługę administracyjną burmistrza i bezsprzecznie działa on w obrocie cywilnoprawnym w zastępstwie Gminy. Powyższe potwierdza treść § 4 ust. 2 Uchwały Nr 448/LIII/06 Rady Miasta Malborka z dnia 14 września 2006 r. w sprawie nadania Statutu Urzędowi Miasta Malborka, zgodnie z którym Urząd zapewnia warunki dla właściwego wykonywania spoczywających na Gminie Miasta Malborka zadań z zakresu administracji publicznej, w tym zadań własnych gminy, zadań zleconych oraz zadań przyjętych do realizacji na podstawie porozumień z innymi organami samorządu terytorialnego i organami administracji rządowej. § 5 Statutu stanowi, że Urząd jest jednostką budżetową i prowadzi gospodarkę finansową wg zasad określonych w ustawie o finansach publicznych. Co więcej, zgodnie z ust. 4 § 5 Statutu, Urząd posiada wyodrębniony rachunek bankowy, będący jednocześnie rachunkiem budżetu gminy. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że wadium złożone w formie Gwarancji ubezpieczeniowej, w której jako beneficjenta wskazano Urząd Miasta Malborka, należy uznać za ważne i skutecznie wniesione. Powyższe potwierdza dodatkowo złożone na rozprawie pismo [...] z dnia 28 sierpnia 2008 r., w którym gwarant potwierdził, że za skuteczne uzna roszczenie skierowane przez osoby uprawnione do reprezentowania Gminy Miasta Malborka. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków podania przez Zamawiającego nieprawidłowych informacji w treści dokumentacji przetargowej.”.

W trakcie rozprawy zamawiający podniósł argument, że gdyby zamawiającym była inna jednostka np. Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich, to odwołujący nie mógłby się powoływać na podobne nazewnictwo, zawierające wszystkie elementy nazwy – skład orzekający Izby stwierdza, że nie jest uprawniony rozpatrywać wymyślonych mniej lub bardziej prawdopodobnych sytuacji, a jedynie przedmiotem rozpatrzenia jest stan faktyczny mający rzeczywiście miejsce w rozpatrywanej sprawie.

Ponadto zamawiający nie wykazał, że nie będzie mógł zaspokoić się z gwarancji, którą złożył odwołujący, w przypadku określonym w przepisach art. 46 ust. 5 Pzp.

Wobec powyższych argumentów Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie bierze pod uwagę argumentu wysuniętego przez odwołującego, że zamawiający poczuwa się do swojego niewłaściwego postępowania, gdyż wystosował do odwołującego wezwanie do przedłużenia ważności wadium, co powinno także wskazywać na zasadność działania odwołującego. Odnośnie tego argumentu skład

orzekający Izby stwierdza, za zamawiającym, że wezwanie do przedłużenia ważności wadium jest stosowane jako czynność techniczna i nie ma znaczenia w postępowaniu, gdyż jest wystosowane do wszystkich uczestników postępowania, zgodnie z przepisami art. 181 ust. 1, 2, 2a Pzp.

Z uwagi na fakt, iż odwołujący nie podtrzymał w odwołaniu zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny zakresu zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i w związku z tym art. 24 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1156).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*