

**WYROK**

**z dnia 19 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. j. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A.**

**ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-600 Świętochłowice**

protestu z dnia 16 października 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Inżynieryjnych „SKAWEX” mgr inż. Wiesław Skawiński ul. Paderewskiego 48, 43-606 Jaworzno i Władysława Bogusławskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gospodarstwo Nasiennie – Szkółkarskie „TAXUS” ul. Poprzeczna 17, 32-551 Mętków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

## orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciążyć Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-600 Świętochłowice i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. j., ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-600 Świętochłowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Sp. j. ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka Jawna, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie.**

## U z a s a d n i e

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *rekultywację terenów zwałowiska odpadów pogórnich Marian – Wschód położonego w granicach administracyjnych miast Sosnowiec i Jaworzno (rekultywacja biologiczna)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 sierpnia 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 157-229335. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.759.852,79 zł, tj. 1.227.683,78 euro, a więc przekracza tzw. progi unijne.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał jedynie kwotę wadium w wysokości 140.000 zł. Natomiast w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczące wadium zawarł w rozdziale 8. o takim samym tytule. W postanowieniach tego rozdziału Zamawiający określił m.in:

pkt 8.1. wysokość wadium: 140.000,00 zł,

pkt 8.3. ppkt a) – e) formy wadium, m.in. w podpunkcie d) gwarancje ubezpieczeniowe,

pkt 8.4. o treści „Jeżeli wadium zostanie wniesione w pieniądzu, przelewem, Wykonawca dołącza do oferty potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię wpłaty wadium i potwierdzenia dokonania przelewu. Na poleceniu przelewu należy wpisać (...) W pozostałych przypadkach wymagane jest dołączenie do oferty oryginału dokumentu wystawionego na rzecz Zamawiającego. Dokumenty, o których mowa w punkcie 8.3 (b) + (e) muszą zachować ważność przez cały okres, w którym Wykonawca jest związany ofertą i być przedstawione w formie gwarancji nieodwołalnej i bezwarunkowej, zapewniającej na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego wypłatę pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

pkt 8.6. „Oferta nie zabezpieczona akceptowalną formą wadium zostanie odrzucona bez rozpatrywania.”

pkt 8.7. i 8.8. warunki zwrotu wadium: „Wadium będzie zwrócone w terminie i na warunkach wskazanych w art. 46 Pzp ...”

pkt 8.9. o treści: „Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana: • odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; • nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, • zawarcie umowy w sprawie

zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

pkt 8.10. „Ponadto Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”

Odwołujący przed upływem terminu składania ofert wniósł wadium (załączył do oferty oryginał dokumentu) w formie gwarancji ubezpieczeniowej PZU S.A. Nr GWO/43/2009/041-1401/MSP z 22 września 2009 r.

Zgodnie z § 2 tej gwarancji „Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 140.000,00 zł (...) Gwarant zapłaci w terminie 14 (czternaście) dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty spełniającego wymogi określone w § 3 ust. 2 oraz zawierającego oświadczenie, że: 1) oferta oferenta została wybrana, oraz że: a) Oferent odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, b) Oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta.”

9 października 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Zgodnie z „Zawiadomieniem o wyniku przetargu” z 9 października 2009 r. powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania był „brak wniesienia wadium” przez to, iż złożona przez niego gwarancja ubezpieczeniowa nie zobowiązuje gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium

w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż z treści tej gwarancji wynika jedynie, iż gwarant zapłaci wadium w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na tę czynność 16 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest, a wobec jego oddalenia, o którym został poinformowany 27 października 2009 r., 4 listopada 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wobec czynności polegających na: bezprawnym dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, niewybraniu oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 i 46 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo wniesienia przez niego wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z ww. przepisami prawa w efekcie czego w stosunku do Odwołującego doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji

i wniósł o: uwzględnienie odwołania i uchylenia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, uchylenia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i podpisanie z Odwołującym umowy o zamówienie publiczne.

Stanowiska Stron i Przystępującego oraz ich uzasadnienie zostały zawarte odpowiednio w proteście, odwołaniu, zawiadomieniu o wyniku przetargu, rozstrzygnięciu protestu oraz przystąpieniach.

Podczas rozprawy Zamawiający potwierdził, iż, oprócz wskazanej w informacji o wykluczeniu, nie ma żadnych zastrzeżeń do złożonej przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego ustalonego w oparciu o dokumentację postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, zawiadomienia o wyniku przetargu, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ, w przypadku jego uwzględnienia, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Interes ten jest oceniany dla niniejszego postępowania odwoławczego, więc interesu tego nie pozbawia go okoliczność, iż w dalszym toku postępowania może okazać się, iż podlega on wykluczeniu z innych przyczyn lub jego oferta odrzuceniu.

Bezsporne między Stronami jest to, iż z treści gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc treść wadium jest wadliwa w stosunku do okoliczności powodujących zatrzymanie wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Taką sytuację, zgodnie z interpretacją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjętą w orzecznictwie i piśmiennictwie, powszechnie i jednoznacznie uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za postawę do wykluczenia wykonawcy zgodnie z dyspozycją tego przepisu.

Jednak przy rozpatrywaniu okoliczności sprawy należy wziąć pod uwagę również charakter i cel wadium oraz fakt, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji (jakkolwiek

logiczne jest, iż powinna zawierać postanowienie dotyczące możliwości zatrzymania kwoty wadium w przypadkach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych). Jeżeli Zamawiający wymaga więc konkretnych postanowień w tej gwarancji, powinien określić je w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawcy mają obowiązek te wymagania spełnić. Jest to powszechnie przyjęte w praktyce udzielania zamówień publicznych i sprzyja przejrzystości postępowania oraz zachowaniu uczciwej konkurencji przy udzielaniu zamówień. W tej sytuacji, tj. gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii treści gwarancji, trudno mówić o jej pierwszeństwie przed postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wadium ma zabezpieczać interesy zamawiającego („odszkodowanie” za uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy), zatem wykonawca ma prawo przyjąć, iż poprzez żądanie określonej treści gwarancji zamawiający w sposób należyty o swoje interesy zadbał.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający, w rozdziale 8., punkcie 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawarł postanowienie, iż „dokumenty, o których mowa w punkcie 8.3 (b) + (e) muszą zachować ważność przez cały okres, w którym Wykonawca jest związany ofertą i być przedstawione w formie gwarancji nieodwołalnej i bezwarunkowej, zapewniającej na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego wypłatę pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Przy tym dokumentem, o którym mowa w punkcie 8.3 (b) + (e) jest również gwarancja ubezpieczeniowa.

Natomiast we wskazanych przez Zamawiającego punktach 8.9. i 8.10., których treść została zacytowana powyżej, zawarł on jedynie informacje, w jakich przypadkach wadium zostanie zatrzymane – podobnie jak we wcześniejszych punktach 8.7. i 8.8 poinformował o okolicznościach zwrotu wadium.

Aby ocenić wagę i znaczenie powyższych postanowień należy odróżnić rodzaje postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niektóre z nich są tylko informacjami np. o obowiązujących

przepisach, natomiast inne to wymagania zamawiającego, na które wykonawcy muszą odpowiedzieć w ofercie, np. sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, lista wymaganych dokumentów, opis przedmiotu zamówienia, termin składania ofert, sposób oceny ofert, czy właśnie treść gwarancji wadialnej. Różne są również następstwa tych dwóch rodzajów postanowień. Część informacyjna, nawet jeśli zostaje błędnie przytoczona, nie wywoła skutków wbrew brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, np. zamawiający nie rozszerzy lub zawęzi przesłanek wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty czy zatrzymania wadium. Inne konsekwencje będą miały natomiast elementy „prawnokształtujące” (wymogi konkretnego zamawiającego w stosunku do wykonawców w danym postępowaniu), które będą musiały być zgodne właśnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym bardziej, iż czynności wykonawców związane ze złożeniem oferty wraz z czynnościami towarzyszącymi, jak wniesienie wadium, są nieodwracalne i nie można ich poprawić, uzupełnić i zmienić po upływie terminu składania ofert.

W niniejszym postępowaniu, czego nie rozróżnia Zamawiający, punkty 8.9. i 8.10. mają charakter informacyjny, natomiast wymagania Zamawiającego w spornym zakresie zostały zawarte w punkcie 8.4., a Zamawiający bierze za nie odpowiedzialność.

Gdyby Zamawiający nie zawarł w punkcie 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu o cytowanej powyżej treści, wykonawca sam musiałby ustalić, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, jakie warunki zatrzymania wadium powinny być wskazane w gwarancji. Zamawiający jednak wprowadził wykonawców w błąd określając wymagania dotyczące wadium w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W tej sytuacji nie można przedkładać punktów o charakterze informacyjnym o przepisach ustawy (8.9. i 8.10.) ponad punkt o charakterze wymogu (8.4.).

Skoro więc Odwołujący wniósł wadium zgodnie z punktem 8.4., wniósł je zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie ma podstaw do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby w takiej sytuacji ważniejsza jest ochrona zaufania wykonawców do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi dla wykonawców w postępowaniu nie tylko źródło informacji, ale i wymagań Zamawiającego niż ochrona interesów Zamawiającego w postaci możliwości zatrzymania wadium w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli Zamawiający sam w sposób dostateczny nie zabezpieczył swoich interesów, gdyż nie ma podstaw, by jego niedbałością obciążać inny podmiot.

Należy też zwrócić uwagę, iż, w przypadku przyjęcia odmiennej opcji, naruszałoby to zasadę przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, podważało cel zobowiązania zamawiających do sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (której celem jest przedstawienie właśnie wymogów zamawiającego, a nie kopiowanie treści przepisów), a w skrajnych wypadkach mogłoby to prowadzić nawet do manipulowania przez zamawiających wynikiem postępowania.

Skoro więc wykonawca złożył gwarancję wadium o treści wymaganej przez Zamawiającego, niesłuszne i niesprawiedliwe byłoby uznanie, że „nie wniósł wadium”, czyli zaszła przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i obarczenie go odpowiedzialnością za zaniedbanie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście, zatem Izba nie odnosi się do podniesionych w rozstrzygnięciu protestu dodatkowych okoliczności związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, tym bardziej, iż nie były one powodem pierwotnego wykluczenia Odwołującego.

Izba uznała również, iż uwzględnienie odwołania co najmniej może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem zaistniała przesłanka wskazana w art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania na podstawie przedstawionych rachunków, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 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 Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....