

Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10

WYROK
z dnia 27 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **13 grudnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych **10 grudnia 2010 r.** przez:

A. Max Bögl Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-726 Szczecin, ul. Światowida 6 (sygn. akt KIO 2661/10),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska Spółkę Akcyjną, 01-518 Warszawa, ul. gen. Józefa Zajączka 9 oraz Skanska a.s., Czechy, 149 00 Praga 4, Chodov, Libalova 1/2348 (sygn. akt KIO 2662/10),

C. Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (sygn. akt KIO 2663/10),

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego:
Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze Spółkę Akcyjną, 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38

przy udziale:

Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10

Max Bögl Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-726 Szczecin, ul. Światowida 6, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 2662/10 i KIO 2663/10,
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska Spółki Akcyjnej, 01-518 Warszawa, ul. gen. Józefa Zajączka 9 oraz Skanska a.s., Czechy, 149 00 Praga 4, Chodov, Libalova 1/2348, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 2661/10 i KIO 2663/10,
Budimex Spółki Akcyjnej, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 2661/10 i KIO 2662/10

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołania wniesione przez: Max Bögl Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-726 Szczecin, ul. Światowida 6 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska Spółkę Akcyjną, 01-518 Warszawa, ul. gen. Józefa Zajączka 9 oraz Skanska a.s., Czechy, 149 00 Praga 4, Chodov, Libalova 1/2348 i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia tych wykonawców z postępowania.**
- 2. Oddać odwołanie wniesione przez Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40.**
- 3. Kosztami postępowania obciążyć Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze Spółkę Akcyjną, 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38 i Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 60000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) – kwot wpisów uiszczonych przez**

Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10

- A.** koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **Max Bögl Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-726 Szczecin, ul. Światowida 6,**
- B.** koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska Spółkę Akcyjną, 01-518 Warszawa, ul. gen. Józefa Zajączka 9 oraz Skanska a.s., Czechy, 149 00 Praga 4, Chodov, Libalova 1/2348,**
- C.** koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **47908 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dziewięćset osiem złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A.** koszty w wysokości **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze Spółkę Akcyjną, 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38** na rzecz **Max Bögl Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-726 Szczecin,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- B.** koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze Spółkę Akcyjną, 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska Spółkę Akcyjną, 01-518 Warszawa, ul. gen. Józefa Zajączka 9 oraz Skanska a.s., Czechy, 149 00 Praga 4, Chodov, Libalova 1/2348,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu uiszczanego wpisu,
- C.** **4308 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta osiem złotych zero groszy) przez **Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** na rzecz **Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego Spółki Akcyjnej, 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu i noclegu pełnomocników.

Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania EI, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „Katowice” w Pyrzowicach realizowanych w ramach zadania pod nazwą: „Port lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej” (nr sprawy: 8/JRP/2010).

1 grudnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową uczestnikom postępowania zawiadomienie o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej również „Odwołującym Budimex”, „Przystępującym Budimex” lub „Budimex”) oraz o wykluczeniu Max Bögl Polska spółki z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwanym dalej również „Odwołującym Max Bögl”, „Przystępującym Max Bögl” lub „Max Bögl”) oraz wykluczeniu konsorcjum w składzie: Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Skanska a.s. z siedzibą w Pradze w Czechach (zwanym dalej również „Odwołującym Konsorcjum Skanska”, „Przystępującym Konsorcjum Skanska” lub „Konsorcjum Skanska”) – w stosunku do obu tych wykonawców wskazując na podstawę prawną z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

W uzasadnieniu faktycznym w stosunku do Max Bögl Zamawiający stwierdził, iż „w załączonej do oferty gwarancji bankowej nr NM/AV70096490101 z dnia 26.07.2010 r. oraz w aneksie nr 1 z dnia 05.08.2010 r. nie wskazano terminu kiedy powstaje zobowiązanie ze wskazanej gwarancji. Zgodnie z pkt VII SIWZ podpunkt g – wymagania dotyczące wadium, Zamawiający wymagał aby w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancja ta posiadała określenie okresu ważności tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa. Mając na uwadze powyższe, załączona do oferty gwarancja nie została sporządzona w sposób prawidłowy”.

W uzasadnieniu faktycznym w stosunku do Konsorcjum Skanska Zamawiający stwierdził, że „w załączonej do oferty gwarancji bankowej nr 5434 530 7716 z dnia 06.08.2010 r. nie wskazano dokładnej nazwy postępowania, czego wymagał Zamawiający zgodnie z pkt. VII SIWZ podpunkt b) – wymagania dotyczące wadium, Zamawiający wymagał aby w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji

5

bankowej, gwarancja ta posiadała dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji. Mając na uwadze powyższe, załączona do oferty gwarancja nie została sporządzona w sposób prawidłowy”.

10 grudnia 2010 r. (pismem z 9 grudnia 2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie Max Bögl Polska spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie od wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty a także od wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych przez Zamawiającego.

Odwołujący Max Bögl zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie przedstawił bankowej gwarancji wadialnej spełniającej wymagania określone w s.i.w.z., tj. gwarancji, która wskazywałaby termin, w którym zobowiązanie powstaje, co jest równoznaczne z niewniesieniem wadium.
2. Art. 7 ust. 1 pzp poprzez wybór oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów pzp oraz s.i.w.z.

Odwołujący Max Bögl wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Dokonanie ponownej oceny i badania oferty, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący Max Bögl podniósł między innymi następujące okoliczności. Przepisy ustawy pzp nie określają, jakie postanowienia winien zawierać dokument wadium, którego wystawcą jest bank, a co za tym idzie dookreślenie wymagań w tym zakresie należy do Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia określając w części VII punkt 2 lit. a-h s.i.w.z. w sposób bardzo szczegółowy elementy, jakie powinny być zawarte w gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej składanej przez wykonawców biorących udział w postępowaniu jako forma wadium. Wśród elementów gwarancji bankowej wymaganych przez Zamawiającego znalazł się warunek, aby w dokumencie gwarancji określony został okres ważności gwarancji poprzez wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje i wygasa. Poza sporem pozostaje, iż w dokumencie gwarancji bankowej nr NMMAV70096490101 załączonym przez Odwołującego do jego oferty, a potwierdzającym ustanowienie przez niego wadium, nie wskazano wprost, od jakiej daty powstaje zobowiązanie banku do wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz beneficjenta gwarancji. W dokumencie tym wskazano natomiast wprost datę wygaśnięcia zobowiązania gwaranta, jak również datę ustanowienia tego zabezpieczenia (26 lipca 2010 r, która to data jest wcześniejsza niż data złożenia ofert w niniejszym postępowaniu), co w ocenie Odwołującego czyni zadość wymaganiom Zamawiającego

6

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

określonym w s.i.w.z., jak i celom ustanowienia wadium wynikającym z przepisów pzp.

Przedmiotowa gwarancja, jak wynika z jej treści, podlega prawu polskiemu. Zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Wśród elementów istotnych gwarancji bankowej przepis ten nie wskazuje okresu obowiązywania zobowiązania gwaranta, a co za tym idzie brak tego elementu w dokumencie gwarancji nie powoduje nieważności zobowiązania banku do zapłaty sumy gwarancyjnej, ani też nie stanowi przeszkody w dochodzeniu sumy gwarancyjnej przez beneficjenta. Istotą gwarancji bankowej jest bowiem przyjęcie przez gwaranta obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej w przypadkach wskazanych w dokumencie gwarancji, przy czym ze względu na jednostronny charakter tego zobowiązania przyjąć należy, iż zobowiązanie to zostaje zaciągnięte przez gwaranta w dacie złożenia przez niego stosownego oświadczenia woli. Datą tą jest zaś zazwyczaj data wystawienia dokumentu gwarancji bankowej, a więc w niniejszej sprawie 26 lipca 2010 r.

10 grudnia 2010 r. (pismem z 9 grudnia 2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosło odwołanie konsorcjum: Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Skanska a.s. z siedzibą w Pradze w Czechach od wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz od wyboru oferty Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, a także od zaniechania przez Zamawiającego wskazania w decyzji o o rozstrzygnięciu przetargu pełnego katalogu przyczyn odrzucenia wykluczonego z postępowania Max Bögl Polska spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący Konsorcjum Skanska wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz uwzględnienie wszystkich okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia i odrzucenia oferty Max Bögl.

Odwołujący Konsorcjum Skanska podniósł między innymi następujące okoliczności odnośnie wykluczenia go z postępowania. Złożona gwarancja zawiera dokładną nazwę

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji, co więcej, w gwarancji zamieszczona została formuła w zakresie nazwy postępowania o treści zaproponowanej przez Zamawiającego w pkt. VII ppkt. 2 lit. e s.i.w.z. dla wykonawców składających ofertę jako konsorcjum. Na gruncie tego sformułowania nazwy postępowania nie ma żadnej wątpliwości, w jakim postępowaniu ofertę przedmiotowa gwarancja ma zabezpieczać. Brak więc podstaw do przyjęcia, że nazwa jest niedokładna. Sam Zamawiający w dwojaki sposób opisuje postępowanie: po pierwsze, na stronie tytułowej s.i.w.z. za pomocą nazwy przedmiotu zamówienia z dopiskiem „realizowanych w ramach zadania pod nazwą: Port lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”, po drugie, w powyżej wskazanym postanowieniu za pomocą nazwy przedmiotu zamówienia z dopiskiem sygnatury sprawy. Zamawiający nie umieścił przy tym w s.i.w.z. odrębnego punktu „nazwa postępowania”, celem uniknięcia wątpliwości, co przez to rozumie.

Wyżej opisane niuanse nie mają żadnego wpływu na ważność wniesionego przez Odwołującego wadium i należy z całą pewnością stwierdzić, że nazwa postępowania umieszczona w treści gwarancji bankowej w sposób wystarczający identyfikuje przetarg, w którym została złożona i nie ma wątpliwości, jaką ofertę ma zabezpieczać. Niedopuszczalne jest w świetle ustawy pzp, aby Zamawiający stosował narzędzie zawarte w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp nie dla celu, dla którego zostało ono przewidziane. Przepis ten nakazuje wykluczyć wykonawcę, który nie wniósł wadium. Nie pozwala natomiast wykluczyć wykonawcy, który wniósł wadium, ale treść gwarancji wadium literalnie nie odpowiada intencjom Zamawiającego. Wadium jako instytucja nie podlega ocenie z punktu widzenia spełniania wymogów Zamawiającego, ale w aspekcie zabezpieczenia jego interesów i przesłanek ustawowych. Gwarancja wadium jest rodzajem zabezpieczenia i od np. wpłaty gotówkowej różni się jedynie formą. Niezależnie od dozwolonej formy ustawowej wnoszonego wadium ich sposób oceny jest i musi być jednakowy i prowadzić do konkluzji: czy wadium spełnia przesłanki ustawowe i daje Zamawiającemu możliwość jego skutecznego zatrzymania czy też zostało wniesione wadliwie, tj. w sposób uniemożliwiający skorzystania z niego. Wadium nie podlega natomiast ocenie zgodności jego treści z treścią specyfikacji, jak to ma miejsce w przypadku treści oferty. Prowadziłoby to bowiem choćby do nierównego traktowania wykonawców, ponieważ wymóg wniesienia wadium miałby inne znaczenie dla tych wpłacających gotówkę (gdzie żadnej treści do oceny nie ma) oraz tych posługujących się gwarancjami bankowymi lub ubezpieczeniowymi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż choć wykluczył wykonawcę Max i odrzucił jego ofertę, to zaniechał dokładnego zbadania i oceny oferty złożonej przez tego wykonawcę i tym samym naruszył następujące przepisy.

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp – poprzez brak wykluczenia Max Bögl z postępowania (a następnie odrzucenia jego oferty) z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w przedmiocie kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, mających wpływ na wynik postępowania.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. Art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp – poprzez brak wykluczenia Max Bögl z postępowania (a następnie odrzucenia jego oferty) z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na znajdowaniu się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – poprzez brak odrzucenia oferty Max Bögl z powodu, iż jej treść (nazwa Załącznika 3a do oferty) nie odpowiada treści s.i.w.z.

Art. 92 ust. 1 pkt. 1 pzp – poprzez brak uwzględnienia wszystkich okoliczności stanowiących przyczynę wykluczenia wykonawców i odrzucenia ich ofert. Jakkolwiek oferta

Max Bögl została odrzucona wskutek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, to Zamawiający oparł się wyłącznie na wskazaniu wadliwości przedłożonej gwarancji bankowej, odstępując tym samym od dalszego zbadania i oceny oferty złożonej przez tego Wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania (a w konsekwencji jego oferta winna zostać odrzucona) także z innych powodów. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp w decyzji o rozstrzygnięciu przetargu Zamawiający ma obowiązek jednoczesnego poinformowania o wszystkich okolicznościach stanowiących przyczynę wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia ofert tych wykonawców.

10 grudnia 2010 r. (pismem z 9 grudnia 2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie od zaniechania przez Zamawiającego następujących czynności: dokonania pełnej, kompleksowej oceny ofert Max Bögl Polska spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz konsorcjum: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Skanska a.s. z siedzibą w Pradze w Czechach, wykluczenia tych wykonawców oraz odrzucenia złożonych przez nich ofert w oparciu o wszystkie przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy lub odrzuceniem oferty, wskazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności wykluczenia tych wykonawców oraz odrzucenia złożonych przez nich ofert wszystkich okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia tych wykonawców i odrzucenia złożonych przez nich ofert.

Odwołujący Budimex zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez nie odrzucenie ofert Max Bögl oraz Konsorcjum Skanska jako niezgodnych z wymogami s.i.w.z.

9

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez niewykluczenie wykonawców Max Bögl i Konsorcjum Skanska, pomimo iż nie wykazali oni, że spełniają warunki udziału w postępowaniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez nieodrzućenie ofert złożonych przez wykonawców Max Bögl i Konsorcjum Skanska, którzy powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.
4. Art. 24 ust. 1 pkt. 3 pzp poprzez złożenie przez wykonawcę Max Bögl nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp poprzez niewskazanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkich okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia wykonawców Max Bögl oraz Konsorcjum Skanska oraz odrzucenia złożonych przez nich ofert a także niewskazanie podstaw prawnych tych czynności.
6. Art. 7 ust. 1 i ust. 2 pzp poprzez dokonanie oceny ofert wykonawców Max Bögl i Konsorcjum Skanska w sposób niekompletny i nieobiektywny co narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący Budimex wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonanie powtórnej oceny ofert Max Bögl i Konsorcjum Skanska.
3. Wykluczenia wykonawców Max Bögl i Konsorcjum Skanska oraz odrzucenia złożonych przez tych wykonawców ofert z uwzględnieniem wszystkich podstaw faktycznych i prawnych oraz braków w ofertach skutkujących wykluczeniem.
4. Wskazanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkich podstaw faktycznych i prawnych czynności wykluczenia wykonawców Max Bögl i Konsorcjum Skanska oraz odrzucenia ofert przez nich złożonych.
5. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący odnośnie zarzutów dotyczących oferty Max Bögl wskazał na:

- niezłączenie do oferty dokumentu zawierającego narzuty, czego wymagał Zamawiający w części IX lit. c pkt 1 c s.i.w.z. w brzmieniu ostatecznym, co powoduje niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.;
- brak dokonania w załączniku do formularza oferty zmian postanowień dotyczących kar umownych uwzględniających modyfikację s.i.w.z. zastępującej słowo „zwłoka” słowem „opóźnienie” oraz brak uwzględnienia zmiany klauzuli 1.1.4.7 projektu umowy, również powodujące, iż oferta ta jest niezgodna z treścią s.i.w.z.;
- brak potwierdzenia przez załączone do oferty dokumenty, iż został spełniony warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia wynikający z części IV pkt 2 s.i.w.z.;

- brak wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w gdyż podmiot trzeci, który udostępnił swoją wiedzę i doświadczenie nie został wskazany jako podwykonawca w zakresie określonym w udostępnionych referencjach;

10

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

- brak wykazania, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika robót spełniała warunek określony w dziale IV pkt 3 ppkt 3.2 s.i.w.z.;

- złożenie nieprawdziwych informacji odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania;

- niezłączenie oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia osób wskazanych na stanowiska przedstawiciela wykonawcy (kierownika kontraktu) oraz kierownika robót elektrycznych, co powoduje brak wykazania wymogu dysponowania osobami na te stanowisko określone w dziale IV pkt 3 ppkt 3.1 i 3.4 s.i.w.z.

Odwołujący odnośnie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Skanska wskazał na:

- brak wykazania, iż osoba wskazana na stanowisko przedstawiciela wykonawcy (kierownika kontraktu) posiada wymagane w rozdziale IV pkt. 3.1 s.i.w.z. doświadczenie w reprezentowaniu wykonawcy względem inwestora;

- brak wykazania, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika robót elektrycznych posiadała wymagane w rozdziale IV pkt 3.2 uprawnienia budowlane bez ograniczeń;

- brak złożenia przez Skanska S.A. wymaganego w rozdziale V pkt. 2 lit. c s.i.w.z. oddzielnego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, gdyż złożone oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika upoważnionego do reprezentowania konsorcjum, który nie był upoważniony do reprezentacji Skanska S.A.;

- wpisanie w formularzu ofertowym jako normalnych godzin pracy przedziału od 6:00 do 22:00, podczas gdy Zamawiający na pytanie jednego z wykonawców wskazał, iż nie limituje godzin pracy, co powoduje niezgodność złożonej oferty z treścią s.i.w.z.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

13 grudnia 2010 r., na skutek wezwania Zamawiającego z 10 grudnia 2010 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- Max Bögl Polska spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie w sprawach wywołanych odwołaniami wniesionymi przez Konsorcjum Skanska (sygn. akt KIO 2662/10) i Budimex (sygn. akt. KIO 2663/10);

- konsorcjum: Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Skanska a.s. z siedzibą w Pradze w Czechach w sprawach wywołanych odwołaniami wniesionymi przez Max Bögl (sygn. akt KIO 2661/10) i Budimex (sygn. akt. KIO 2663/10);

- Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawach wywołanych odwołaniami wniesionymi przez Max Bögl (sygn. akt KIO 2661/10) i Konsorcjum Skanska (sygn. akt. KIO 2662/10).

11

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych lub braki te zostały uzupełnione, wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących, wszystkie odwołania podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z wymienionych w art. 189 ust. 2 pzp przesłanek odrzucenia w stosunku do żadnego z odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich odwołań, a Przystępujący w danej sprawie poparli to stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 czerwca 2010 r. pod nr 2010/S-124-190207, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.gtl.com.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 93.180.880,62 zł, co stanowi równowartość 24.272.175,21 euro.

Odwołujący Max Bögl złożył ofertę z najniższą ceną, wynoszącą 80.858.946,91 zł, cena oferty Odwołującego Konsorcjum Skanska wynosząca 85.959.985,98 zł jest druga w kolejności, natomiast cena wybranej oferty Odwołującego Budimex wynosi 95.084.569,13 zł (po poprawieniu omyłek), przy czym zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII s.i.w.z. cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W rozdziale VII *Wymagania dotyczące wadium*, w pkt. 2 dotyczącym formy wadium: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy:

- a) Zobowiązanie banku/towarzystwa ubezpieczeniowego do zapłaty sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisie art. 46 ust. 4a i 5 u.p.z.p.,

12

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

- b) dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji,
c) wskazanie sumy gwarancyjnej,
d) wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ ubezpieczonego – Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A. w Katowicach,
e) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nazwę wszystkich członków podmiotu wspólnego z zaznaczeniem, że działają oni jako podmiot wspólny, np. poprzez następujący zapis: „Zostaliśmy poinformowani, że w związku z organizowanym przez Państwa postępowaniem o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest rozbudowa płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania EI, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Katowice w Pyrzowicach (dotyczy numeru sprawy 8/JRP/2010), w którym na mocy swojej oferty uczestniczą: ...tu należy wymienić wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zwani łącznie Wykonawcą), wymagane jest wniesienie wadium w wysokości 1.000.000 złotych”,
f) wskazanie Wykonawcy, czyli zlecniodawcy gwarancji/ ubezpieczyciela,
g) określenie okresu ważności gwarancji, tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa,
h) określenie, że gwarancja jest bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta/ Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca:
- w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 u.p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p., lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, lub
 - odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub • nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Na stronie tytułowej s.i.w.z. wpisano „Przetarg nieograniczony na roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania EI, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „Katowice” w Pyrzowicach realizowanych w ramach zadania pod nazwą *Port lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej*”, natomiast w stopce każdej

strony s.i.w.z. wpisano: „Roboty budowlane: rozbudowa płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania EI, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „Katowice” w Pyrzowicach realizowanych w ramach zadania pod nazwą *Port lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej*”.

13

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

W wypełnionym przez Zamawiającego Druku ZP-17 – Informacji o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wskazano 3 oferty o nr 001, 005 i 006, jako spełniające wymagane wskazane 4 warunki:

„Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie.

Wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”.

W protokole postępowania oferta złożona przez Max Bögl oznaczona jest jako 004, oferta złożona przez Konsorcjum Skanska jako 007, natomiast oferta Budimex jako 006

Do oferty Max Bögl załączono *Gwarancję przetargową nr NMVAV70096490101*.

Do oferty Konsorcjum Skanska załączono *Gwarancję bankową nr 5434 530 7716*.

Izba poczyniła ustalenia faktyczne na podstawie dokumentacji postępowania, która została również przekazana w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, a w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Max Bögl, oferty Konsorcjum Skanska oraz innych przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w odwołaniu, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 30 czerwca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

14

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

Zarówno Odwołujący Max Bögl jak i Odwołujący Konsorcjum Skanska posiadają interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby Odwołujący Max Bögl legitymuje się tym interesem, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie niezasadności wykluczenia z postępowania, które jednocześnie naraziło go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego. Natomiast Odwołujący Konsorcjum Skanska, pomimo złożenia drugiej pod względem ceny oferty, również legitymuje się tym interesem, gdyż uwzględnienie zarzutów jego odwołania również stwarza mu możliwość uzyskania zamówienia, a niezgodny z przepisami wybór oferty

najkorzystniejszej naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba uznała również, iż Odwołujący Budimex legitymuje się wymaganym interesem, choć jego oferta została wybrana przez Zamawiającego, gdyż wobec wniesienia odwołań przez wykonawców, którzy zaoferowali niższe ceny, w razie ich uwzględnienia, tylko podniesienie zarzutów zaniechania wykluczenia tych wykonawców lub odrzucenia ich ofert z dodatkowych powodów, umożliwi mu uzyskanie zamówienia, a tym samym nie narazi na szkodę z powodu jego utraty.

Śadna ze Stron we wszystkich trzech sprawach nie kwestionowała interesu pozostałych wykonawców, w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego wykonawcy ci zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego we wszystkich trzech sprawach w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania Max Bögl i Konsorcjum Skanska zasługują na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów tych odwołań dotyczących bezpodstawnego wykluczenia przez Zamawiającego Odwołującego Max Bögl i Odwołującego Konsorcjum Skanska na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 pzp kluczowe znaczenie ma ustalenie czy złożone przez tych wykonawców gwarancje wadialne stanowiły prawidłowe wniesienie wadium.

15

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

W rozdziale VII s.i.w.z. wymagania dotyczące wadium, w pkt. 2 dotyczącym wadium wskazano, iż w przypadku składania wadium w formie gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej), powinna być ona sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać elementy wyszczególnione w lit. a-h, w tym dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji (lit. b), a także określenie okresu ważności gwarancji, tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa (lit. g).

W *Gwarancji przetargowej nr NMVAV70096490101* przedłożonej przez Odwołującego Max Bögl dwukrotnie wskazano datę 26 lipca 2010 r., tuż przed nazwą dokumentu oraz przed podpisami obok wskazania Norymbergii jako miejsca wystawienia – nie budzi zatem żadnych wątpliwości, iż jest to data wystawienia tej gwarancji. Oprócz tego w treści gwarancji wskazano wprost, iż termin jej ważności upływa 23 listopada 2010 r., a wszelkie żądania dotyczące gwarancji powinny dotrzeć do gwaranta nie później niż w tym dniu. Jednocześnie gwarant użył form czasownikowych czasu teraźniejszego co do określenia faktu powstania jego zobowiązania z wystawionej gwarancji, takich jak: „jesteśmy zobowiązani do wypłaty”, „niniejszym zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty”, używając czasu przyszłego wyłącznie przy wskazaniu konkretnych zdarzeń, których wystąpienie spowoduje wypłatę kwoty na którą opiewa jego zobowiązanie.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, iż z opisanych powyżej elementów treści gwarancji nie wynika, iż zobowiązanie gwaranta powstaje z datą wystawienia, dwukrotnie wprost wskazaną, która jest chronologicznie wcześniejsza, a ustaje z datą chronologicznie późniejszą, wskazaną wprost jako upływ terminu jej ważności. Uwzględniając bowiem czas teraźniejszy użyty dla określenia powstania mocy obowiązującej gwarancji i opatrzenie gwarancji datą wystawienia – należy przyjąć, iż gwarancja jest skuteczna od chwili jej wystawienia. Gdyby miało być inaczej, to właśnie wtedy musiałaby się pojawić konkretna inna data, przypadająca po dacie wystawienia, a przed datą końcową ważności, wskazująca, iż gwarant zastrzegł powstanie mocy wiążącej gwarancji z opóźnieniem, w tej konkretnej dacie, innej niż data wystawienia.

Izba zważyła przy tym, iż w treści wymagania zawartego w lit. g pkt. 2 rozdziału VII s.i.w.z. Zamawiający wcale nie narzucił, ani nie zaproponował żadnego konkretnego językowego sposobu sformułowania określenia okresu ważności gwarancji, żądając jedynie

by zawierała ona wskazanie terminu, w którym zobowiązanie z gwarancji powstaje oraz wygasa. Wobec powyższych ustaleń Izby zupełnie bezzasadne jest stanowisko Zamawiającego wyrażone w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, iż rzekomy brak wskazania w gwarancji wadialnej złożonej przez Max Bögl terminu, w którym zobowiązanie z tej gwarancji powstaje nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego, gdyż ewentualna realizacja żądania zapłaty z tytułu gwarancji uzależniona byłaby od uznania

16

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

banku. W ocenie Izby zobowiązanie z tej gwarancji obejmuje cały okres związania ofertą, co wynika wprost z jej treści, a uznaniowości przy jej odczytaniu i stosowaniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp dopuścił się Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania.

Pierwsze zdanie *Gwarancji bankowej nr 5434 530 7716* przedłożonej przez Odwołującego Konsorcjum Skanska stanowi przepisanie formuły wskazanej przykładowo w lit. e pkt. 2 rozdziału VII s.i.w.z. jako właściwej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, uzupełnionej o wpisanie nazw i adresów członków tego konsorcjum. Sformułowanie zaproponowane przez Zamawiającego dopiero w końcowej części przewiduje wymienienie jacy to konkretnie wykonawcy występują wspólnie, natomiast w pierwszej opisuje zamówienie publiczne, o którego udzielenie ubiegają się oni, przez wskazanie co jest przedmiotem tego zamówienia („rozbudowa płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania E1, E2 i D w Międzynarodowym Porcie lotniczym Katowice w Pyrzowicach”) oraz wskazanie numeru sprawy („8/JRP/2010”).

W ocenie Izby nie sposób uznać, iż tak sformułowana gwarancja nie zawiera jednoznacznego wskazania postępowania stanowiącego przyczyną jej wystawienia. Na podstawie postanowień s.i.w.z. nie można również stwierdzić, iż nie stanowi to wypełnienia wymagania zawarcia w treści gwarancji elementu „dokładnej nazwy” postępowania, o którym mowa lit. b pkt. 2 rozdziału VII s.i.w.z. Zamawiający wskazał co prawda na stronie tytułowej s.i.w.z. i w stopce każdej strony nazwę rozszerzoną w stosunku wskazanego powyżej opisu o słowa „roboty budowlane” na początku oraz o frazę „realizowanych w ramach zadania pod nazwą *Port lotniczy w Katowicach – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej*” na końcu – jednak nigdzie w s.i.w.z. nie wskazał, które z określeń stanowi właśnie dokładną nazwę postępowania. Z jednej strony można przyjąć zasadę, że im dłuższa nazwa, tym lepsza, z drugiej strony można uznać, że wskazanie sygnatury postępowania jest wskazaniem dokładniejszym. Prowadzenie takich rozważań wydaje się być jednak zupełnie nieracjonalne wobec jednoznacznego wskazania w treści gwarancji przedstawionej przez Konsorcjum Skanska przyczyny jej wystawienia. Natomiast domaganie się wskazania tzw. dokładnej nazwy przez Zamawiającego od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nierównie traktowanie wykonawców znajdujących się w takiej sytuacji podmiotowej. Zamawiający sam bowiem zaproponował dla takich wykonawców formułę, zawierającą odniesienie do nazwy postępowania, w formie nieco krótszej, za to zawierającej sygnaturę postępowania, i to zamieszczając ją w pkt. dotyczącym wadium, a następnie okazuje się, iż domaga się od takich wykonawców dwukrotnego wskazania nazwy postępowania stanowiącego przyczynę wniesienia wadium.

17

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

Izba nie stwierdziła również wadliwego wskazania w gwarancji złożonej przez Konsorcjum Skanska okoliczności w jakich gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłaci kwotę, na którą opiewa gwarancja. W szczególności użycie pomiędzy okolicznościami wskazanymi w pkt. 3 i 4 przecinka, bez spójnika lub, jak pomiędzy poprzednimi punktami, nie spowodowało, iż przesłanki wskazane w tych punktach wymagają łącznego spełnienia. Można wręcz stwierdzić, iż pomimo tej niedokładności edytorskiej, wymienienie poszczególnych przesłanek w odrębnych punktach jest i tak czytelniejszym wyodrębnieniem

poszczególnych przesłanek od użytego w s.i.w.z. wypunktowania za pomocą symbolu nadlatującego samolotu.

Wobec powyższych ustaleń Izby zupełnie nieracjonalne są obawy Zamawiającego wyrażone w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, iż brak zawarcia w przedłożonej przez Konsorcjum Skanska gwarancji wadialnej tzw. dokładnej nazwy postępowania nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego, gdyż gwarant byłby uprawniony do odmowy dokonania zapłaty argumentując, że udzielił gwarancji w postępowaniu o innej nazwie. Przy takiej argumentacji nie sposób nie zauważyć, iż to od woli Zamawiającego zależy jak w żądaniu zapłaty wskaże nazwę postępowania i czy zechce wskazywać gwarantowi inną nazwę niż uwidoczniła w gwarancji, w imię podtrzymania stanowiska, iż dokładna nazwa to ta na pierwszej stronie s.i.w.z. lub w stopce każdej strony tego dokumentu. Zamawiający będzie przy tym jednak jeszcze musiał rozstrzygnąć czy pierwszeństwo ma formuła „Przetarg nieograniczony na roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny (...)” czy też „Roboty budowlane: rozbudowa płaszczyzny”.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji w sprawach sygn. akt: KIO 2601/10 i KIO 2602/10.

Natomiast odwołanie wniesione przez Odwołującego Budimex, jak również zarzuty odwołania Konsorcjum Skanska przeciwko ofercie Max Bögl nie mogły zostać uwzględnione z powodów opisanych poniżej.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący Budimex po zapoznaniu się w toku rozprawy z pismem procesowym Zamawiającego sam zajął stanowisko, iż jego zarzuty dotyczące zaniechania przez Zamawiającego, po pierwsze, wykluczenia Przystępujących Max Bögl i Konsorcjum Skanska na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 pzp (w stosunku do obu Przystępujących) oraz art. 24 ust. 2 pkt

18

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

3 pzp (tylko w stosunku do Max Bögl) oraz, po drugie, zaniechania odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp – okazały się przedwczesne i bezprzedmiotowe w związku z brakiem dokonania badania i oceny tych ofert przez Zamawiającego, który poprzestał na stwierdzeniu wadliwości wniesionego przez nich wadium. Pomimo tego stwierdzenia i zaniechaniu dalszego uzasadniania zarzutów odwołania, Odwołujący nie cofnął tych przedwczesnych zarzutów, formalnie podtrzymując odwołanie w całości, jednocześnie odmawiając prawa Przystępującym do merytorycznego ustosunkowania się do zarzutów dotyczących nieprawidłowości w ich ofertach. Wobec braku cofnięcia przedwczesnych zarzutów Izba pozwoliła Przystępującym na merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania oraz składania dowodów na poparcie ich stanowiska. Z uwagi jednak na przebieg rozprawy, przy rozstrzyganiu sprawy Izba nie wzięła pod uwagę złożonych na rozprawie dokumentów, gdyż dotyczyły one zarzutów, które w istocie okazały się przedwczesne.

W toku rozprawy Zamawiający potwierdził, iż poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu podstaw wykluczenia Max Bögl i Konsorcjum Skanska z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, gdyż jego zdaniem badanie skuteczności i prawidłowości wniesienia przez wykonawców wadium następuje w pierwszym, „wstępnym” etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Według Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów ustawy pzp nie był ani zobowiązany, ani uprawniony do dalszego badania ofert złożonych przez Przystępujących, gdyż dopiero po ewentualnym stwierdzeniu przez Izbę bezzasadności ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp będzie mógł powrócić do dalszego badania i oceny ofert Max Bögl oraz Konsorcjum Skanska i dopiero na tym etapie ewentualnie wezwać tych wykonawców do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Natomiast bez wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym trybie Zamawiający nie może stwierdzić definitywnie czy Przystępujący powinni zostać wykluczeni z postępowania wskutek okoliczności podniesionych przez Odwołującego Budimex. W ocenie

Izby stanowisko Zamawiającego jest błędne, gdyż przepis art. 26 ust. 3 pzp, choć pozwala na odstąpienie od takiego wezwania w stosunku do wykonawców, których oferta podlega i tak odrzuceniu, to jednak nie zwalnia z obowiązku poprzedzającego takie wezwanie badania czy złożone oferty zawierają braki w zakresie dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych, przedmiotowych lub w zakresie pełnomocnictw. Z kolei informacja o stwierdzonych brakach podlega zamieszczeniu w zawiadomieniu o wyniku postępowaniu, wraz ze wskazaniem przyczyn odstąpienia od wezwania – w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty takiego wykonawcy. W ocenie Izby ustawa pzp nie wyodrębnia natomiast żadnego wstępnego etapu badania prawidłowości wniesienia wadium, który ma poprzedzać „właściwe” badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu

19

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

przez wykonawców, gdyż czynności te powinny zostać dokonane w tym samym czasie, a w przetargu nieograniczonym również wraz z badaniem i oceną ofert. Izba zauważa przy tym, iż argumentacja Zamawiającego w ogóle nie odnosi się do zaniechania badania ofert Przystępujących pod kątem zgodności ich treści z treścią s.i.w.z., która w przedmiotowym postępowaniu nie jest uzależniona od procedury z art. 26 ust. 3 pzp, gdyż nie wymagano żadnych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Również ewentualne stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powoduje konieczność natychmiastowego wykluczenia z postępowania, bez zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 pzp.

Wobec tego wyłącznie w takim zakresie – zaniechania badania przez Zamawiającego czy w ofertach Max Bögl i Konsorcjum Skanska występują braki w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podstawy do wykluczenia z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz badania zgodności treści tych ofert z treścią s.i.w.z. oraz uzewnętrznienia wyników tego badania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, Izba stwierdziła nieprawidłowość postępowania Zamawiającego. Nie powoduje to jednak możliwości uwzględnienia odwołania, gdyż Odwołujący Budimex nie wskazał w odwołaniu ani na rozprawie na naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, przy stwierdzonej przedwczesności zarzutów odnośnie wskazanych w odwołaniu podstaw wykluczenia Max Bögl i Konsorcjum Skanska lub odrzucenia ich ofert. Wskazanie naruszenia przez takie postępowanie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp i art. 7 ust. 1 i 2 pzp jest w świetle przywołanego przepisu art. 192 ust. 2 pzp niewystarczające dla uwzględnienia odwołania, które okazało się być przedwczesne. Wobec zaniechania w ogóle badania ofert, Izba nie mogła zastąpić w tym Zamawiającego i ocenić zasadność zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia i odrzucenia z powodów podniesionych przez Odwołującego Konsorcjum Skanska przeciwko Max Bögl i Odwołującego Budimex przeciwko Max Bögl i Konsorcjum Skanska.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji w sprawie sygn. akt: KIO 2603/10 .

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisem z § 5 ust. 6 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

20

**Sygn. akt: KIO 2661/10 KIO 2662/10
KIO 2663/10**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
.....