

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S. A. oraz M..... L..... Multimedia Art. & Education, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S. A., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław

przy udziale wykonawcy ART. FM Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wykluczenie wykonawcy ART. FM Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie wniesienia wadium**
2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S. A., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław i:

1

-
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S. A. oraz M..... L..... Multimedia Art. & Education, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S. A., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześć złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S. A. oraz M..... L..... Multimedia Art. & Education stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S. A., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o

udzielenie zamówienia na: „Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji: Centrum Edukacji Ekologicznej we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 8 listopada 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2012 r. pod numerem 2012/S 218-359289.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak S. A. oraz M. L. Multimedia Art. & Education, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (zwani dalej: „Odwołującym Qumak”) w dniu 22 marca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania przetargowego,
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. raz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału, w postępowaniu,
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. oraz odrzucenia złożonej przez

3

niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca nie wniósł wadium do upływu składania ofert.

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TRIAS oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania przetargowego,
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia postępowania wykonawcy TRIAS raz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców TRIAS i ART. FM Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie potencjału osobowego,
- naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców TRIAS i ART. FM Sp. z o.o. do złożenia prawidłowych oświadczeń i dokumentów w zakresie potencjału osobowego,
- naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp - poprzez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru ofert,
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert
3. powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
4. wykluczenie oferenta ART FM Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 2 -4 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
5. wykluczenie oferenta TRIAS na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3-4 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. złożył oświadczenie o cofnięciu

wszystkich zarzutów za wyjątkiem zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z uwagi na niewniesienie wadium.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko – co do zaniechania wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - wskazał m. in. na następujące okoliczności:

4

Wykonawca ART. FM Sp. z o.o. zgodnie z wymagania SIWZ i ustawy Pzp do oferty załączył dokument wadium. Odwołujący wskazuje na nieprawidłowości w treści tego dokumenty, bowiem nie wskazuje on w sposób jednoznaczny na przesłanki w których Zamawiający może z tego wadium skorzystać.

Z dokumentu wadium przedłożonego przez ART. FM Sp. z o.o. wynika jedynie, iż Zamawiający może skorzystać w tego zabezpieczenia w przypadku, gdy „**Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu**”.

W ocenie Odwołującego w pierwszej kolejności pojawia się wątpliwość, czym jest dokument „Warunki Przetargu”, czy jest to SIWZ, czy może ustawa Pzp. Kolejna wątpliwość wskazuje na to czym są „zobowiązania zgodnie z Warunkami Przetargu”. Czy są to obowiązki dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy może obowiązki dotyczące zgodności przedmiotu oferty z SIWZ. Wątpliwość jawi się również w tym, czy podpisanie umowy w sprawie zamówienia jest warunkiem przetargu. Zgodnie z ustawą Pzp. czynnością kończącą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest ostateczny wybór oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyznacza jego definicja (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym cel zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto umowa w sprawie zamówienia publicznego poddawana jest ocenie według reguł właściwych dla prawa cywilnego. Tak więc umowa pozostaje poza sferą procedur udzielania zamówień publicznych, a w konsekwencji należy uznać, iż nie stanowi ona elementu tej procedury. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, iż zawarcie umowy stanowi czynność prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto – jak zauważył Odwołujący z samej systematyki ustawy Pzp wynika, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (udzielenie zamówienia publicznego) nie stanowi elementu postępowania. Należy bowiem wskazać, iż przepisy dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone w dziale II ustawy Pzp, natomiast przepisy dotyczące umowy zostały zamieszczone w odrębnym dziale IV ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący chociaż pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty (postępowaniem) a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego istnieje ścisły związek, to te czynności mają samodzielny charakter. Zatem z uwagi na brak wskazania w gwarancji wadium, w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, przypadków w których Zamawiający może skorzystać z wadium, należy uznać iż wadium nie zostało wniesione a zatem oferent podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

5

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 13 marca 2013 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r. (złożonym na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r.) Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania. Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z dokumentem „gwarancja przetargowa nr 07001KTG13 z 16.01.2013 r.”, - gwarancja ta została wystawiona w celu zagwarantowania prawidłowego przez jego zobowiązań Zleceniodawcę wykonania wynikających z warunków przez którego Zamawiającego przetargu, ogłoszonego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji: Centrum Edukacji Ekologicznej we Wrocławiu (dalej zwanych na potrzeby przedmiotowego dokumentu „Warunkami Przetargu”). Jednocześnie w dokumencie stwierdzono, że BRE Bank S.A., zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony zobowiązuje się nieodwołalnie do zapłacenia na pierwsze żądanie Zamawiającego kwoty 200.000,00 zł po otrzymaniu pisemnego żądania zapłaty od Zamawiającego, zawierającego oświadczenie, że wykonawca ART FM Sp. z o.o. nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu.

Według Zamawiającego niezrozumiałe są wątpliwości Odwołującego w zakresie ustalenia, czy warunki przetargu, o których mowa ww. dokumencie dotyczą obowiązków spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też obowiązków dotyczących zgodności przedmiotu oferty z SIWZ. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą dowód wniesienia wadium nie jest dokumentem przedkładanym w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Samo wniesienia wadium nie służy wykazaniu, że wykonawca spełnia warunki udziału, gdyż te ostatnie określa art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Pzp. Instytucja wadium stanowi natomiast ukształtowaną w k.c. formę zabezpieczenia oferty, która została przejęta i w sposób szczególnie unormowana w ustawie Pzp (wyrok z 25 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1215/12).

Zamawiający podkreślił, że w Rozdziale VIII pkt 14 - 16 SIWZ określono wyraźnie, w jakich przypadkach Zamawiający może zaspokoić się z udzielonej gwarancji, obejmując tym zakresem także sytuacje określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie dokument gwarancyjny banku odnosi się do treści

6

SIWZ, a także powszechnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp i w sposób jednoznaczny zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Wskazał również, że artykuł 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z 2008 r. Nr 192, poz. 1179) stanowi, że 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. Ponadto zgodnie z orzecznictwem KIO wadium udzielone w formie gwarancji bankowej nie musi w swej treści odnosić się wprost do przepisów określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te zostały określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy. Oczywistym dla Zamawiającego jest, że nie ma wymogu ścisłego cytowania tych przepisów, określenie warunków może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty, lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających czy też nawet w sposób lakoniczny poprzez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 19/09). Podobnie w wyroku z dnia 24 lutego 2012 r. KIO stwierdziła, iż dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp (sygn. KIO 281/12; KIO 290/12). W ocenie Zamawiającego powyższe stanowisko zostało potwierdzone także w orzecznictwie sądów powszechnych. Przykładowo Sąd Okręgowy w Lublinie stwierdził, iż nie ma wymogu ścisłego cytowania w tekście gwarancji wskazanych przepisów, a określenie warunków może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty, czy nawet w sposób ogólny. W przedmiotowym orzeczeniu podkreślono także, iż treść gwarancji nie musi zawierać określenia przesłanek możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego z wadium (wyrok z 29 czerwca 2009 r. Sądu Okręgowego w Lublinie, sygn. akt IX GA 109/09). Z kolei Sąd

Okręgowy we Wrocławiu podkreślił, iż na podmiocie udzielającym gwarancji nie spoczywa obowiązek powtórzenia w treści gwarancji treści przepisów ustawy Pzp (wyrok z 9 kwietnia 2009 r. Sądu Okręgowego we Wrocławiu, sygn. Akt X Ga 81/09).

W związku z powyższym Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego, iż ART FM Sp. z o.o. nie wniósł wadium i na tej podstawie powinien zostać wykluczony z

7

postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym wypadku wykonawca wniósł bowiem wadium w formie gwarancji bankowej, której treść jednoznacznie – zdaniem Zamawiającego - zabezpiecza Zamawiającego oraz spełnia wymogi określone w SIWZ oraz przepisach ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: - ART. FM Sp. z o.o., Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 25 marca 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 27 marca 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca ART. FM Sp. z o.o., Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy ART. FM Sp. z o.o., Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

8

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział VIII „Wymagania dotyczące wadium”:

Pkt 14 – Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie;

Pkt 15 – Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn

leżących po stronie Wykonawcy;

Pkt 16 – Wadium wnoszone w formach innych niż w pieniądzu, musi gwarantować Zamawiającemu wypłatę wadium, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 Ustawy. Niedopuszczalne jest wprowadzanie jakichkolwiek warunków ograniczających zamawiającemu wypłacenie wadium.

W niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty m. in. przez ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków.

W ofercie złożonej przez ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków załączono gwarancję przetargową nr 07001KTG13. Na stronie 28 znajduje się stwierdzenie „Wystawiając niniejszą Gwarancję my BRE Bank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 18, Oddział Korporacyjny Kraków, ul. Augustiańska 15, 31-064 Kraków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000025237, posiadająca numer identyfikacji podatkowej NIP: 526-021-50-88, REGON Nr 001254524, o wpłaconym w całości kapitale zakładowym, którego wysokość według stanu na dzień 01.01.2013 r. wynosi 168.555.904,- PLN (dalej zwany Bankiem), zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, zobowiązujemy się nieodwołalnie do zapłacenia na Państwa pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości: PLN 200.000,00 (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100) po otrzymaniu Państwa pisemnego żądania zapłaty, zawierającego

9

oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu oraz wskazującego, na czym polegało nie wykonanie tych zobowiązań."

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na cofnięcie przez Odwołującego wszystkich zarzutów za wyjątkiem zarzutu dotyczącego wadliwie złożonej gwarancji wadialnej przez Przystępującego – jedynie ten zarzut był przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego jest zasadny.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 594/10 „instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 70 § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 ustawy Pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie poświadczonych w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp”.

Przedstawiony przez Przystępującego dokument gwarancji wadialnej, - wobec wątpliwości co do jej treści - nie spełniał wymogów art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby w dokumencie tym brakowało określenia warunków zatrzymania wadium przez Zamawiającego, a dokładnie warunków opisanych w art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp. Treść udzielonej gwarancji zawierała jedynie ogólne sformułowanie „nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z warunkami przetargu”, nie zawierała sformułowań zawartych w art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp, jak również nie odnosiła się w tym zakresie do przepisów ustawy Pzp co – w ocenie Izby - uniemożliwiłoby Zamawiającemu zatrzymanie wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a) oraz ust. 5 ustawy Pzp.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium, gdy jest to zgodne z zakresem gwarancji - w przypadkach określonych enumeratywnie w ustawie Pzp. Zatem zakres gwarancji powinien określać sytuacje, w których Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium, w taki sposób, aby treść tej gwarancji nie budziła wątpliwości i zabezpieczała roszczenia Zamawiającego. To

Przystępujący należycie dbając o swoje interesy winien sprawdzić, czy gwarancja spełnia warunki specyfikacji oraz ustawy Pzp. Na wykonawcy bowiem spoczywa obowiązek właściwego przygotowania oferty. Zatem za prawidłowo wniesione wadium należy uznać takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy Pzp, t.j. w ust. 4a) jak i ust. 5 niniejszego przepisu, bowiem celem tych regulacji jest zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień Zamawiającego przed konsekwencją przepadku wadium w przypadkach określonych w ww. przepisach, t.j. określonych działań lub zaniechań wykonawców. (Analogicznie wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 28/10).

W ocenie Izby tego rodzaju brak w treści dokumentu gwarancji nie podlega uzupełnieniu w trybie wezwania przez Zamawiającego w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) – zatem Izba uznała, że dokumenty złożone przez Przystępującego na rozprawie – m. in. oświadczenia BRE Bank S. A., potwierdzenie warunków udzielania gwarancji oraz korespondencja mailowa - nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Wniesienie wadium jest warunkiem odrębnym od warunku złożenia oświadczenia i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegającym uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wniesli wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego za brak wadium należy uznać sytuacje w których wykonawca nie tylko nie wniósł wadium w ogóle, ale również sytuacje w których wniesiono wadium w sposób wadliwy – wadium, które w świetle przepisów ustawy nie zabezpieczałoby roszczeń Zamawiającego.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym wykluczenia wykonawcy ART. FM Sp. z o.o. Al. Waszyngtona 1, 30-204 Kraków na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie wniesienia wadium.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....