

Sygn. akt: **KIO/UZP 656/08**

KIO/UZP 657/08

WYROK
z dnia 14 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/~~w dniach~~* 14 lipca 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2 (sygn. akt KIO/UZP 656/08)

B. Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., 32-340 Wolbrom, 1-ego Maja 100 (sygn. akt KIO/UZP 657/08)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębski Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestów:

A. SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2 z dnia 12 czerwca 2008 r.

B. Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., 32-340 Wolbrom, 1-ego Maja 100 z dnia 12 czerwca 2008 r.

przy udzialezgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **CONBELTS BYTOM S.A., 41-919 Bytom, ul. Szyby Rycerskie** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje unieważnienie czynności: odrzucenia oferty na zadanie nr 2 złożonej przez SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2, wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 2 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2.

2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębski Zdrój, ul. Armii Krajowej 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., 32-340 Wolbrom, 1-ego Maja 100**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębski Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz **SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym.
 - B** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki**

Materiałowej, 44-330 Jastrzębski Zdrój, ul. Armii Krajowej 1 na rzecz **Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., 32-340 Wolbrom, 1-ego Maja 100** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz kosztów zastępstwa prawnego.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Sempertrans Bełchatów Sp. z o.o., 97-427 Rogowiec, ul. Transportowa 2**
 - B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., 32-340 Wolbrom, 1-ego Maja 100**

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

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa Zakład Logistyki Materiałowej prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup dla Kopalni „Budryk” taśm przenośnikowych w łącznej ilości 32 628 mb w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 8 kwietnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 68-092194.

Dnia 5 czerwca 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Przedmiotowa czynność stała się podstawą do wniesienia, dnia 12 czerwca 2008 r., protestów przez:

SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o. (dalej SEMPERTRANS) oraz Fabrykę Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A. (dalej Stomil Wolbrom).

SEMPERTRANS zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp i wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty w zadaniu nr 2. SEMPERTRANS podnosi, iż w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę na zadanie nr 1 i 2, jednakże tylko w ofercie na zadanie nr 2 załączył żądane przez Zamawiającego (rozdział VIII.15 Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia, dalej SIWZ) wyniki badań względnej straty objętości (ścieralności) okładek oferowanych taśm, potwierdzonych przez jednostkę badawczą uprawnioną do badania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał SEMPERTRANS do uzupełnienia oferty w tym zakresie. SEMPERTRANS tego nie uczynił, zatem jego zdaniem Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty, ale tylko złożonej na zadanie nr 1.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu zgłosił przystąpienie, dnia 16 czerwca 2008 r., Stomil Wolbrom, który wskazuje iż, utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty SEMPERTRANS jest zgodne z jego interesem prawnym.

Zdaniem Przystępującego brak zamieszczenia w ofercie SEMPERTRANS wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i nie uzupełnienie ich w określonym terminie stanowi uzasadnioną podstawę odrzucenia oferty. Ponadto, zdaniem Przystępującego, SEMPERTRANS nie wykazał swego interesu prawnego, bowiem w proteście nie przedstawiono zarzutów w stosunku do oferty Zakładów Gumowych Bytom S.A., która zawierała najniższą cenę.

Dnia 16 czerwca 2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił również CONBELTS BYTOM S.A. (Zakłady Gumowe Bytom S.A. po zmianie firmy), upatrując swój interes prawny w fakcie złożenia najkorzystniejszej oferty. Przystępujący wniósł o odrzucenie protestu, gdyż nie spełnia on wymagań określonych w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp. Ponadto w działaniach Zamawiającego brak jakichkolwiek okoliczności wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający protest wniesiony przez SEMPERTRANS oddalił ze względu na brak interesu prawnego wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, o powyższym przesądza fakt, że SEMPERTRANS protestuje jedynie na czynność odrzucenia własnej oferty, natomiast nie kwestionuje oferty, która uplasowała się na pierwszej pozycji.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się SEMPERTRANS i wniósł dnia 27 czerwca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. SEMPERTANS podnosi, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przejawia się w tym, iż Zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości uczestniczenia w aukcji elektronicznej. Należy bowiem zauważyć, iż w rozdziale VII. 3 SIWZ Zamawiający postanowił, iż w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert nie podlegających odrzuceniu, Zamawiający przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną.

Ponadto SEMPERTRANS nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie braku interesu prawnego. Interes prawny SEMPERTRANS jest ściśle związany z przywróceniem jego oferty oraz dopuszczeniem do udziału w aukcji elektronicznej. Gdyby SEMPERTRANS podważał poprawność oferty, która zajęła pierwszą pozycję, występowałby przeciwko swojemu interesowi prawnemu, bowiem skutkiem takiego działania mogłoby nie dojść do przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Dnia 14 lipca 2008 r. CONBELTS BYTOM S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z żądaniem odrzucenia odwołania wniesionego przez SEMPERTRANS. Zdaniem Przystępującego, nie spełnia ono wymagań odwołania, określonych w § 1 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187. poz. 1327).

Protest wniesiony przez Stomil Wolbrom dotyczy zaniechania wykluczenia z postępowania Zakładów Gumowych Bytom S.A. w zakresie zadania nr 2, mimo iż wykonawca ten nie wniósł prawidłowego wadium. Stomil Wolbrom zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1. Stomil Wolbrom kwestionuje dokument Gwarancji przetargowej nr 43/2008, z którego treści wynika, że odpowiedzialność gwaranta nie obejmuje całego przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, ale ogranicza się do zobowiązań wynikających z przypadków opisanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający wymagał (rozdział XI.3 i XI.4 SIWZ), aby z treści gwarancji jednoznacznie wynikało, że gwarant dokona bezwarunkowej zapłaty na rzecz Zamawiającego sumy wadium, w przypadkach przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Dokument gwarancji, z którego będzie wynikać węższa odpowiedzialność gwaranta nie będzie uznany za prawidłowy.

Ponadto, Zamawiający w rozdziale XI.4 SIWZ postanowił, że gwarancja winna również spełniać warunki opisane w przepisach art. 80-88 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo

bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.). Przepis art. 82 przedmiotowej ustawy przewiduje możliwość przelewu gwarancji, tymczasem z treści spornej gwarancji wynika, że jest ona nieprzełożona.

Przedmiotowa gwarancja nie zabezpiecza również roszczeń Zamawiającego w związku z aukcją elektroniczną. Przepis art. 91c ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Oznacza to, że w toku aukcji elektronicznej wykonawca składa kolejne, korzystniejsze oferty. Tymczasem z treści spornej gwarancji wynika, że jest ona ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty. Zatem należy uznać, że Zakłady Gumowe Bytom S.A. złożyły gwarancję, która nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w czasie trwania całego postępowania, gdyż gwarant mógłby skutecznie odmówić wypłaty kwoty wadium, gdyby wykonawca ten złożył ofertę w aukcji elektronicznej.

Dokument gwarancji przetargowej nie może być uzupełniony w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zatem fakt złożenia dokumentu gwarancji, z którego wynika węższa niż wymagana przez Zamawiającego odpowiedzialność gwaranta winien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym Stomil Wolbrom wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert w zadaniu nr 2, wykluczenie z postępowania Zakładów Gumowych Bytom S.A. w zadaniu nr 2 i dokonanie w tym zadaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez Stomil Wolbrom przystąpił, dnia 16 czerwca 2008 r., CONBELTS BYTOM S.A., uzasadniając swój interes prawny faktem, iż w zadaniu nr 2 złożył najkorzystniejszą ofertę.

Przystępujący wniósł o oddalenie protestu, gdyż argumenty w nim podniesione dotyczą etapu aukcji elektronicznej, a w przedmiotowym postępowaniu aukcja nie była przeprowadzana. Zdaniem Przystępującego gwarancja przetargowa jest zgodna z SIWZ, która nie nakładała wymogu zabezpieczenia zobowiązań wynikających z przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, po przeprowadzeniu aukcji, warunki umowy nie ulegają zmianie w stosunku do warunków zawartych w SIWZ, a tym samym gwarancja jest prawidłowa.

Dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający protest oddalił z uwagi na brak interesu prawnego.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Stomil Wolbrom i wniósł dnia 26 czerwca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Stomil Wolbrom podnosi, iż zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych

odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, dostęp do środków odwoławczych nie został ograniczony jedynie do przypadków naruszenia interesu prawnego, ale został zapewniony na wypadek naruszenia każdego interesu.

Dnia 14 lipca 2008 r. CONBELTS BYTOM S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z żądaniem oddalenia odwołania wniesionego przez Stomil Wolbrom. Przystępujący podnosi, iż zgodnie z zasadami źródeł prawa wspólnotowego, Dyrektywy nie stosuje się wprost, co oznacza, iż nie można się na nią powoływać przed organami orzekającymi a państwo członkowskie jest zobowiązane implementować Dyrektywę do przepisów krajowych.

Dodatkowo Przystępujący podnosi, że ograniczenie odpowiedzialności gwaranta do zobowiązań wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp wynika z zapisów SIWZ, bowiem w rozdziale XVII.3 SIWZ Zamawiający odstępuje od obowiązku żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Przystępujący zwraca uwagę, że w SIWZ nie ma żądania Zamawiającego, aby wiarygodności z gwarancji musiały być przenośne. Zaś z przepisu art. 82 ustawy Prawo bankowe nie wynika, że gwarancja bankowa musi być przenośna.

Zdaniem Przystępującego sporna gwarancja zabezpiecza interesy Zamawiającego w trakcie całego postępowania. Kolejne postąpienie w trakcie aukcji elektronicznej dotyczy pierwotnej oferty, a złożenie korzystniejszej oferty w trakcie aukcji, nie daje gwarantowi możliwości odmowy wypłaty wadium.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Posiadanie interesu prawnego warunkuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż należy wykazać interes prawny w uzyskaniu zamówienia, który doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem istnienie interesu prawnego musi być oceniane w konkretnym postępowaniu, zaś zaistnienie uszczerbku, czy też sama możliwość jego zaistnienia, orzecznictwo oraz większość doktryny łączy z utratą możliwości ubiegania się o zamówienie bądź jego uzyskania. Na gruncie prawa zamówień publicznych interes prawny wykonawcy, którego oferta została odrzucona jest niezaprzeczalny. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że wykonawca ten ma możliwość podniesienia zarzutów,

których uwzględnienie może doprowadzić do jego ponownego udziału w danym postępowaniu. Stąd należy uznać, że SEMPERTRANS posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, bowiem ma możliwość wykazania, jako uczestnik postępowania (oferta nie została prawomocnie odrzucona) zaistnienia normalnego, adekwatnego związku przyczynowego między naruszeniem prawa (bezpodstawnym odrzuceniem oferty) a uszczerbkiem w interesie prawnym. Wadliwość czynności odrzucenia spowodowałaby powstanie uszczerbku w postaci braku możliwości ubiegania się o zamówienie. W tych okolicznościach, legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, zmierzających do zmiany statusu oferty w danym postępowaniu, jest niewątpliwa.

Na podstawie przepisu art. 83 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, co wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (rozdział II.3). Jednocześnie Zamawiający postanowił, że wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie zadania. Opis zadań (części zamówienia) został zawarty w rozdziale II.1 SIWZ pt. *Wymagane warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia*, w którym Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot dostawy dla zadań: nr 1 (Taśma przenośnikowa tkaninowo-gumowa trudno zapalna, antystatyczna), nr 2 (Taśma przenośnikowa tkaninowo-gumowa trudnopalna, chloroprenowa, antystatyczna), nr 3 (Taśma przenośnikowa polichlorowinyłowa trudnopalna trzy przekładkowa o wytrzymałości na rozciąganie min. 1000 kN/m i szerokości 1000 mm, grubość okładek 2,3+2 mm). Jednocześnie Zamawiający dla taśm, będących przedmiotem zamówienia w ramach każdego zadania określił względną stratę objętości (ścieralności) okładek taśm (pkt: II.1.1.8, II.1.2.7, I.1.3.9 SIWZ). Potwierdzeniem spełnienia żądanego parametru miały być wyniki badań względnej straty objętości (ścieralności) okładek taśm potwierdzone przez jednostkę badawczą upoważnioną do badania przedmiotu zamówienia, które należało złożyć wraz z ofertą (pkt VIII.15 SIWZ).

SEMPERTRANS złożył przedmiotowe badania jedynie dla zadania nr 2 (strona 77 oferty). W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2008 r. wezwał tego wykonawcę, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia treści oferty o przedmiotowe badania w zakresie zadania nr 1. Wykonawca żądanych dokumentów nie uzupełnił, co spowodowało odrzucenie jego oferty, złożonej zarówno na zadanie nr 1, jak i nr 2 (pismo z dnia 5 czerwca 2008 r.).

W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe. Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, kiedy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty częściowej, wykonawca może złożyć oferty na jedną lub więcej części zamówienia. Brzmienie tego przepisu wskazuje, że w takiej sytuacji mamy do czynienia nie z jedną ofertą, ale z wieloma ofertami, które składa się odrębnie na każdą z części. Decyzją wykonawcy jest, na które części zamówienia złoży

oferty (chyba, że zostanie to ograniczone przez Zamawiającego). Również przepis art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż SIWZ zawiera opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Powyższe potwierdza, że części zamówienia należy traktować tak, jakby stanowiły oddzielne zamówienia. Zatem, skoro zamawiający opisuje części zamówienia, może również określić oddzielnie dla każdej z części formularze cenowe, terminy wykonania zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, wymagania dotyczące wadium. W tych okolicznościach, oferty złożone na różne części zamówienia należy oceniać odrębnie, stąd wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi również w ramach każdej z części zamówienia. W badanym stanie faktycznym Zamawiający podzielił zamówienie na części, odrębnie dla każdej z części określił warunki udziału w postępowaniu (rozdział VII SIWZ), wysokość wadium, czyli oczekiwał złożenia ofert częściowych. Skoro tak, działanie Zamawiającego, polegające na odrzuceniu ofert SEMPERTRANS, złożonych na zadanie nr 1 i 2, należy ocenić jako wadliwe. Zamawiający wyraźnie wskazał, że w ramach każdego z zadań należy dostarczyć odrębne wyniki żądanych badań, stąd dostarczenie wymaganego dokumentu jedynie w ramach zadania nr 2 może skutkować jedynie odrzuceniem oferty złożonej na zadanie nr 1. Bez znaczenia jest fakt, że występuje jeden formularz ofertowy, bowiem okoliczność ta nie przesądza o istnieniu jednej oferty. Forma oferty (określona przez Zamawiającego) pozostaje bez wpływu na ocenę jej treści. Należy zauważyć, że działania Zamawiającego w badanym zakresie są wysoce niekonsekwentne, biorąc pod uwagę fakt, że w ramach zadania nr 1 wybrał najkorzystniejszą ofertę. W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Stomil Wolbrom posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Stomil Wolbrom złożył ofertę na zadanie nr 2 w badanym postępowaniu i uplasował się na drugiej pozycji. Stomil Wolbrom jest więc wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp, który posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Wskazane przez tego wykonawcę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp powodują, iż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Należy bowiem zauważyć, że zaniechanie wykluczenia Zakładów Gumowych Bytom S.A. oddziałuje bezpośrednio na jego sferę prawną, w ten sposób, że traci on możliwość uzyskania zamówienia.

W rozdziale XI.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że z treści dokumentu poręczenia lub gwarancji powinno w sposób jednoznaczny wynikać, iż poręczyciel/gwarant dokona bezwarunkowej wypłaty na rzecz Zamawiającego sumy wadium w przypadkach przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Dokument poręczenia lub gwarancji, z którego treści wynikać będzie węższa odpowiedzialność poręczyciela lub gwaranta nie będzie

uznawany za prawidłowy, co skutkować może wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, wśród wykazu elementów, jakie powinny zawierać w swej treści gwarancja/ poręczenie wnoszone jako wadium, Zamawiający wskazał na jednoznaczne i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu na jego pierwsze pisemne żądanie (bez dodatkowych procedur i dokumentów) sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowo określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp okoliczności.

Z treści gwarancji przetargowej nr 43/2008 znajdującej się na stronie 12 oferty, złożonej przez Zakłady Gumowe Bytom S.A. wynika, że bank-gwarant dokona zapłaty kwoty wadium w ściśle określonych okolicznościach, a mianowicie w sytuacji, gdy Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Gwarant wskazał więc enumeratywnie na wystąpienie przesłanek określonych w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że jedną z podstawowych funkcji wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, swoim nierzetelnym zachowaniem uniemożliwił zawarcie umowy. W takiej sytuacji Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zatrzymania wadium. W badanym stanie faktycznym wadium spełniać miało również tę funkcję, Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, iż odpowiedzialność gwaranta ograniczona będzie do okoliczności wskazanych w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Z literalnego brzmienia rozdziału XI. 3 i XI. 4 SIWZ w istocie wynika, że gwarant zobowiązany jest do zapłaty kwoty wadium w przypadkach wskazanych w przepisie art. 46 ust. 5 (pkt 1-3) ustawy Pzp, a więc również w sytuacji, gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednakże w celu prawidłowej oceny gwarancji przetargowej nie sposób pominąć postanowień rozdziału XVII.3. SIWZ, z którego wynika, że Zamawiający odstępuje od obowiązku żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W świetle przytoczonych zapisów należy uznać, że treść spornej gwarancji przetargowej, w tym zakresie, odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Skoro bowiem Zamawiający zrezygnował z konieczności wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, do czego był uprawniony jako Zamawiający sektorowy (art. 138c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), ograniczenie odpowiedzialności gwaranta, do pozostałych okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jest uprawnione i prawidłowe w świetle postanowień SIWZ. Wymienienie w treści gwarancji przetargowej przesłanki z pkt 2 art. 46 ust. 5 ustawy Pzp byłoby bezprzedmiotowe.

W zakresie szczegółowych warunków, jakie winny spełniać gwarancje/poręczenia bankowe wnoszone jako wadium, Zamawiający odesłał do przepisów art. 80-88 Prawa

bankowego (rozdział XI.4 SIWZ). Artykuł 82 Prawa bankowego rozstrzyga wieloletni spór w doktrynie o dopuszczalność przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej. Reguła ustawowa jest w obecnym stanie prawnym jednoznaczna i pozwala na dokonanie przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją. W świetle przytoczonych unormowań należy ocenić sporną gwarancję przetargową, z której treści wynika, że jest ona „nieprzenośna”. Konieczne jest więc udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy takie postanowienie sprzeciwia się unormowaniu zawartemu w przepisie art. 82 Prawa bankowego, a co za tym idzie czy dokument ten nie spełnia wymogów Zamawiającego. W powołanym przepisie ustawodawca zawarł normę ogólną, z której wynika zasada (obowiązek), iż przeniesienia wierzytelności zabezpieczonej gwarancją nie można dokonać bez przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej. W celu dokonania właściwej oceny stanu faktycznego należy zauważyć, że gwarancja bankowa statuuje układ trzech wzajemnie ze sobą powiązanych stosunków prawnych. Stosunek prawny pomiędzy zleceniodawcą a beneficjentem określa się mianem stosunku podstawowego, stosunek pomiędzy zleceniodawcą a bankiem - mianem stosunku zlecenia udzielenia gwarancji, a stosunek pomiędzy bankiem a beneficjentem – mianem stosunku prawnego gwarancji bankowej (Praca zbiorowa: Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II. Zakamycze, 2005). Z powyższego wynika, że wierzycielem jest Zamawiający. W świetle przepisu art. 82 Prawa bankowego, Zamawiający nie może dokonać jedynie przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej, ale zobowiązany jest również przenieść wierzytelność zabezpieczoną gwarancją. W badanym stanie faktycznym wierzytelność z gwarancji bankowej stanowi uprawnienie do żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej, natomiast wierzytelnością zabezpieczoną gwarancją jest uprawnienie do żądania zawarcia umowy. Biorąc pod uwagę właściwość stosunku zobowiązaniowego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie jest możliwe przeniesienie wierzytelności zabezpieczonej gwarancją. Żądanie zawarcia umowy przysługiwać może jedynie Zamawiającemu, bowiem tylko ten podmiot może być stroną umowy. I chodzi o Zamawiającego, któremu przysługuje ten przymiot w konkretnym postępowaniu, a nie o jakiegokolwiek zamawiającego. Regulacja ta, przewidziana zarówno w ustawie Pzp, jak i w omawianym przepisie Prawa bankowego ma na celu ochronę praw dłużnika. Skoro zatem, nie jest możliwe przeniesienie wierzytelności zabezpieczonej gwarancją, z uwagi na charakter (właściwość) stosunku zobowiązaniowego, to nie jest możliwe zrealizowanie dyspozycji z art. 82 Prawa bankowego. W tej sytuacji, postanowienie, iż gwarancja jest nieprzenośna, nie pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 82 Prawa bankowego.

W zakresie zarzutu, iż sporna gwarancja nie zabezpiecza Zamawiającego w sytuacji, kiedy najkorzystniejsza oferta zostanie wybrana w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż ograniczenie odpowiedzialności

gwaranta do pierwotnej oferty zawarte w treści gwarancji przetargowej, nie daje podstaw do uznania, iż interesy Zamawiającego są zabezpieczone w całym postępowaniu. Należy zauważyć, że mamy do czynienia z zastrzeżeniem Gwaranta, jednakże rozstrzygnięcie, czy odpowiedzialność została ograniczona do „pierwszej” oferty nie jest możliwe. Ustawodawca w przepisie art. 91c ust. 4 ustawy Pzp posługuje się jedynie pojęciem „korzystniejszej oferty”, a nie oferty pierwotnej. Brak definicji legalnej „oferty pierwotnej” również w Prawie bankowym. W tym stanie faktycznym nieodzowne jest zatem wyjaśnienie, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jaki jest rzeczywisty zakres odpowiedzialności Garanta. W przypadku, gdy z udzielonych wyjaśnień wynikać będzie ograniczenie zakresu odpowiedzialności w stosunku do ofert korzystniejszych składanych w toku aukcji elektronicznej, należy uznać, że gwarancja nie spełnia wymogów Zamawiającego.

Powyższe potwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania, bowiem nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się Stomil Wolbrom w kwocie 3 600 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*