

WYROK
z dnia 20 stycznia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hydrobudowa Gdańsk SA, 80 – 264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** od czynności zamawiającego **Miasto Łomża, 18 – 400 Łomża, pl. Stary Rynek 14.**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A., 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie

- 2. Kosztami postępowania obciąża Hydrobudowa Gdańsk SA, 80 – 264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Hydrobudowa Gdańsk SA, 80 – 264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135,**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 53/11)

Zamawiający, Miasto Łomża, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Bulwarów w Łomży w ramach projektu „Tereny sportowo- rekreacyjne nad Narwią - I etap” (ogłoszenie o zamówieniu w Dz.U UE z dnia 21.07.2010 r. nr S 139-213752)

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 31.12.2010 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Warbud S.A. (dalej „Warbud”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 10.01.2011 r. Hydrobudowa Gdańsk S.A. (zwana dalej „Hydrobudowa”) wniosła odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z nieprawidłowo wadium oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niezgodnością oferty z treścią siwz, a także wystąpieniem w ofercie ceny rażąco niskiej, a także naruszenie szeregu przepisów ustawy, których sposobu naruszenia nie wskazał albo których naruszenie było wtórne do wymienionych powyżej: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 90 ust. 1.

W konsekwencji odwołujący wniósł o wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie braku prawidłowego wadium wskazano, m.in. , iż zamawiający w rozdz. VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w wskazał warunki jakim powinno odpowiadać wadium przetargowe wnoszone w formie innej niż pieniężna. W szczególności zamawiający wskazał w pkt 7 rozdz. VIII, iż „wadium wnoszone w gwarancjach i poręczeniach nie może zawierać żadnych warunków do spełnienia przez Zamawiającego oprócz przewidzianych ustawą."

Z treści gwarancji winno zatem wynikać bezwarunkowe, nieodwołalne, na pierwsze żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium. Warunki ustawowe uprawniające zaś zamawiającego do zatrzymania kwoty wadium zostały określone ust. 46 ust. 4 a i 5 PZP, co jednakże nie

powinno - wobec wykazanego powyżej abstrakcyjnego charakteru gwarancji - uprawniać gwarantów do bezrefleksyjnego przeniesienia treści w/w przepisów wprost do treści gwarancji.

Wykonawca Warbud na potwierdzenie wniesienia wadium załączył do swojej oferty Ubezpieczeniową gwarancję przetargową nr WA/11/40/GP/2010 wystawioną dnia 8 września 2010 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA SA. Zgodnie z punktem 4.2 tejże gwarancji „Roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje, gdy: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. Ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Wobec tego, iż z zapisów Rozdziału VIII siwz wyraźnie wynika obowiązek zabezpieczenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu oferty gwarancją wadialną o charakterze abstrakcyjnym, niedopuszczalnym jest wprowadzenie do treści gwarancji jakichkolwiek postanowień naruszających charakter tejże gwarancji.

Analizując dokument gwarancyjny przedłożony przez Warbud Odwołujący stwierdził, iż w treści pkt 2 gwarancji znajduje się zobowiązane Gwaranta do zapłaty w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, (...). Zasady opisane w przedmiotowym dokumencie obejmują również pkt 4 ppkt 2), zgodnie z treścią którego: Roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje, gdy Wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Ukształtowanie zobowiązania Gwaranta wynikające z zacytowanej powyżej gwarancji z całą pewnością nie jest zobowiązaniem oderwanym (abstrakcyjnym) od stosunku podstawowego, jego przyczynowość może w określonych sytuacjach umożliwić gwarantowi odmowę zapłaty, jeżeli w ocenie gwaranta roszczenie nie powstaje w związku z wyszczególnionymi w treści gwarancji przypadkami. Podkreślenia wymaga, iż zamieszczone brzmienie pkt 4.2 gwarancji odwołuje się do kwestii dowodowych - całkowicie subiektywnych. Wskazać należy, iż w ramach gwarancji abstrakcyjnych - o ile gwarant w każdym przypadku bada kwestie formalne zgłoszenia żądania wypłaty, o tyle badanie merytorycznych podstaw do jej dokonania jest wykluczone, o ile podstawy nie zostały opisane wprost w dokumencie gwarancyjnym.

Uzależnienie wypłaty wadium od czynności udowodnienia czy przyczyny leżą, czy też nie leżą po stronie wykonawcy sprawia, że gwarancja staje się gwarancją warunkową. Wypłata wadium zostaje uzależniona od spełnienia przesłanki udowodnienia, iż żądanie zapłaty wadium jest uzasadnione ze względu na przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Gwarancja zawierająca tego typu warunek, nie gwarantuje, zdaniem Odwołującego się, w sposób jednoznaczny dokonania płatności na rzecz beneficjenta kwoty wynikającej z gwarancji w sytuacji, gdy na pisemne wezwanie zamawiającego wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełni dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Wskazanie warunków

wypłacenia kwoty wadium musi być na tyle precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości beneficjenta, co do możliwości zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji (Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r. KIO/UZP 62/09).

Dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost odnośnych przepisów PZP o zatrzymaniu wadium, o czym Odwołujący wspominał już powyżej. Wskazanie warunków treści gwarancji wadium musi jednakże nastąpić w sposób jednoznaczny i dający zamawiającemu możliwość zaspokojenia roszczeń, z zastrzeżeniem takiej samej płynności jak wadium w formie pieniężnej (KIO/UZP 537/08 Wyrok z dnia 17 czerwca 2008 r.)

Ponadto podkreślenia wymaga, iż gwarancja na pierwsze żądanie oznacza, że gwarant ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta kwoty określonej w gwarancji bez potrzeby dokumentowania przez beneficjenta czy dane zdarzenie nastąpiło.

Odwołujący podkreśla, iż gwarancja abstrakcyjna jest w całości zależna od zapisów dokumentu gwarancyjnego w tym znaczeniu, iż gwarant w stosunku do modelowego wzorca gwarancji abstrakcyjnej (zawierającego klauzule o nieodwołalności, bezwarunkowości i płatności na pierwsze żądanie) może wprowadzać dodatkowe klauzule „osłabiające” abstrakcyjność gwarancji (Uchwała SN z dn. 28 kwietnia 1995 r. sygn. III CZP 166/94 i z dnia 16 kwietnia 1993 r. sygn. III CZP 16/03, in fine), z czym mamy do czynienia w przypadku gwarancji wadium Warbud.

Ponadto treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (Wyrok SN z dnia 4 października 1995 r. sygn. II CRN 123/95, OSNC z. 2 z 1996 r. poz. 29).

Odwołujący wskazał również, iż fundamentalną zasadą wszystkich dopuszczalnych form wadium określonych w art. 45 ust. 6 PZP jest ich równoważność z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego.

W przedmiocie niezgodności oferty z treścią SIWZ, podniesiono, iż w Rozdziale III siwz, w pkt 6 Zamawiający wskazał, iż „użyte w dokumentacji nazwy wyrobów i elementów (...) nie mają na celu preferowanie wyrobu lub materiałów (...), lecz wskazanie na wyrób, materiał lub element, który powinien posiadać cechy - parametry techniczne nie gorsze od założonych w dokumentacji.”

„Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych z zastosowaniem innych materiałów i urządzeń niż opisane znakiem towarowym i/lub nazwą producenta pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych i eksploatacyjnych nie gorszych od założonych w dokumentacji. (...) Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę.”

W ramach dokumentacji projektowej - Monitoring terenu wraz z niezbędnym osprzętem o okablowaniu (opis) Zamawiający wskazał, iż:

Do obserwacji stałej terenu bulwaru, brzegu rzeki Narew, ul. Żydowskiej i dojazdu do

hospicjum minimum 16 kamer najmniej 2-megapikselowych IP (min. 10 klatek/na sekundę).
Do obserwacji basenu portowego z nabrzeżem do cumowania minimum 2 kamery 16-mega pikselowe (min. 2 klatki na sekundę).
Oprogramowanie do rejestrowania obrazu ma umożliwiać obsługę następujących systemów kodowania: MPEG4 MJPEG, H.264, JPEG2000
Kamery z rejestratorami połączone równolegle.
Kamery i okablowanie dostosowane do lokalnych warunków atmosferycznych.
Kamery mogą być montowane na projektowanych słupach oświetleniowych oraz na elewacji hangaru.
Rejestratory z nagrywarkami oraz wejściem USB (pamięć zarejestrowana, co najmniej 14 dni), obsługa - co najmniej 20 kamer. Rejestratory zainstalowane w hangarze.
Zapewnić bezpośrednią (live) możliwość podglądu monitoringu bulwaru i portu w Miejskim Centrum Monitoringu
Zapewnić łączność pomiędzy rejestratorami, a Miejskim Centrum Monitoringu.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2010 r. wezwał Warbud, w trybie art. 90 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, w tym systemu monitoringu, mających wpływ na wysokość ceny, z uwagi na konieczność, zdaniem Zamawiającego, ustalenia czy oferta w tym zakresie zawiera rażąco niską cenę czy też nie. Wyjaśnienie miało obejmować określenie typów zastosowanych do monitoringu kamer, rejestratorów oraz innego sprzętu z określeniem parametrów.

Warbud w odpowiedzi na w/w pismo Zamawiającego, udzielonej w dniu 27 września 2010 r. stwierdził w odniesieniu do systemu monitoringu, iż uwzględnił w swojej wycenie wszelkie dostępne dane projektowe, a także wymagania SIWZ oraz odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego na etapie przed złożeniem oferty, z uwzględnieniem szczególnej staranności oraz bogatego doświadczenia swojej firmy.

Nadto Wykonawca szczegółowo wskazał typy przyjętych do wyceny urządzeń i oświadczył, iż zaproponowany sprzęt spełni wymagania określone w wytycznych dotyczących monitoringu.

W nawiązaniu do oświadczeń zawartych w piśmie Wykonawcy z dnia 27 września 2010 r., Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 PZP zwrócił się do Warbud, z kolejnym żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie oferty Wykonawcy w przedmiocie opisywanego systemu monitoringu, bowiem wskazanie w odpowiedzi na poprzednie pismo Warbud parametry urządzeń rażąco odbiegały od wymogów Zamawiającego w tym zakresie (parametrów technicznych wymaganych dla urządzeń, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego oraz odpowiedzią na pytanie nr 41 z dnia 18 sierpnia 2010 r.).

Wykonawca w kolejnym piśmie wyjaśniającym oświadczył, iż urządzenia wskazane przez niego w poprzedniej korespondencji (pomimo szczególnej staranności) zostały w niej wymienione omyłkowo i wykonawca w ich miejsce wskazuje inne urządzenia. Niezależnie od

zamiany urządzeń systemu monitoringu Warbud oświadczył, iż spełni wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w ramach SIWZ, bowiem cena oferty tego Wykonawcy przewiduje kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w pierwszej kolejności w nawiązaniu do ceny jaka zaoferował Warbud za wykonanie systemu monitoringu (netto 113 741,79 PLN) wskazuje, iż uśredniona cena netto pozostałych oferentów za ten sam element zadania inwestycyjnego wynosi 223 864,54 PLN. Podkreślenia wymaga, iż żadna zaoferowania przez innego Wykonawcę cena za wykonanie monitoringu nie jest niższa niż 200 000,00 PLN.

Odnosząc się do spełnienia przez Warbud wymogów SIWZ oraz pytań i odpowiedzi Zamawiającego w przedmiocie zapewnienia realizacji wytycznych do systemu monitoringu, odwołujący wskazał, iż zaoferowane przez Warbud urządzenia, uszczegółowione w piśmie z dnia 18 października 2010 r. nie spełniają wymogów SIWZ.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia dostarczoną Izbie przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 5 ofert z rozpiętością cen od 13 748 534,93 zł (oferta Warbud) do 16 348 154, 87 zł (oferta najdroższa), przy czym cena oferty Hydrobudowa wynosiła 14 544 615,84 zł.

Zgodnie z rozdz. VIII pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wadium wnoszone w gwarancjach i poręczeniach nie może zawierać żadnych warunków do spełnienia przez Zamawiającego oprócz przewidzianych ustawą.

Warbud S.A. jako wadium złożyła gwarancję ubezpieczeniową z dnia 08.09.2010 r. wystawioną przez TUiR WARTA S.A.

Według postanowień pkt 4 ww. dokumentu – roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje, gdy:

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie;
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. ustawy lub

pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W ust. 5 gwarancji wskazano, iż wypłata z tytułu gwarancji nastąpi w ciągu 14 dni od daty doręczenia gwarantowi oryginału wezwania do zapłaty zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność wymienioną w ust. 4 stanowiącą podstawę roszczeń beneficjenta.

W załączniku nr 9 do siwz „Projekt wykonawczy”, w części zatytułowanej „Monitoring” zamieszczono opis zamawianego monitoringu terenu wraz z niezbędnym osprzętem i okablowaniem.

Jako „Cel zadania” wskazano:

Zapewnienie niezbędnej ochrony mienia, poprzez zastosowanie monitoringu wskazanego terenu.

W ramach „Zakresu realizacji” przewidziano:

Dostawę i montaż wyposażenia urządzeń do monitoringu wraz z niezbędnym okablowaniem, według opisu:

1. Do obserwacji stałej terenu bulwaru, brzegu rzeki Narew, ul. Żydowskiej i dojazdu do hospicjum minimum 16 kamer najmniej 2-megapikselowych IP (min. 10 klatek/na sekundę).
2. Do obserwacji basenu portowego z nabrzeżem do cumowania minimum 2 kamery 16-mega pikselowe (min. 2 klatki na sekundę).
3. Oprogramowanie do rejestrowania obrazu ma umożliwiać obsługę następujących systemów kodowania: MPEG4 MJPEG, H.264, JPEG2000.
4. Kamery z rejestratorami połączone równolegle.
5. Kamery i okablowanie dostosowane do lokalnych warunków atmosferycznych.
6. Kamery mogą być montowane na projektowanych słupach oświetleniowych oraz na elewacji hangaru.
7. Rejestratory z nagrywarkami oraz wejściem USB (pamięć zarejestrowana, co najmniej 14 dni), obsługa - co najmniej 20 kamer. Rejestratory zainstalowane w hangarze.
8. Zapewnić bezpośrednią (live) możliwość podglądu monitoringu bulwaru i portu w Miejskim Centrum Monitoringu.
9. Zapewnić łączność pomiędzy rejestratorami, a Miejskim Centrum Monitoringu.

Zastrzeżono przy tym, iż kosztorys na przedmiotowe zadanie należy wykonać według kalkulacji własnej.

W wyjaśnieniach z dnia 18.08.2010 r. dotyczących treści siwz, w odpowiedzi na pytanie nr 41 zamawiający odnośnie wymagań określonych w pkt 2 „Monitoring” wskazał, iż dopuszcza zastosowanie większej ilości kamer 4 Mpix do obserwacji basenu portowego. Dodał ponadto, że istotnym celem monitoringu basenu portowego jest zapewnienie właściwej obserwacji przez operatorów monitoringu miejskiego, oraz analiza nagranych materiału w celu identyfikacji osób i opisu zdarzeń.

Pytanie nr 41 do treści siwz dotyczyło kwestii czy dopuszczalne jest zastąpienie 2 kamer 16 Mpix odpowiednią ilością kamer o mniejszej rozdzielczości, np. 4 Mpix.

Zgodnie z rozdz. XII siwz cena ofertowa stanowić miała wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy i obejmować swoją wartością całość zakresu zamówienia – gwarantować jego pełne wykonanie.

Zgodnie z rozdz. VI pkt 3 siwz zamawiający wymagał załączenia kosztorysów uproszczonych uwzględniających wszystkie koszty opisane w rozdz. XII siwz. Przy czym zaznaczył, iż dokumenty te nie będą podlegały ocenie przy sprawdzaniu ofert, będą ewentualnie materiałem pomocniczym do rozliczenia w czasie realizacji inwestycji.

Wybrany wykonawca przed podpisaniem umowy dostarczy zamawiającemu kosztorysy szczegółowe na kwotę wskazaną w ofercie, które staną się załącznikiem do umowy.

Do oferty Warbud załączono Kosztorysy, w których na stronie 114 zamieszczono kosztorys dla zadania „Łomża-monitoring”, w którym wartość pozycji kosztorysowych wyceniono łącznie na 113741,79 zł, zawierający 9 pozycji odpowiadających bezpośrednio ww. punktom z Załącznika nr 9 do siwz.

W poz. 1 kosztorysu przewidziano montaż elementów systemu telewizji użytkowej - 16 sztuk kamer 2 Mpix zewnętrznych (wjazd do hospicjum).

W poz. 2 - montaż elementów systemu telewizji użytkowej – 2 szt. Kamer TVU zewnętrznych (obserwacja basenu portowego).

W poz. 5 – montaż jednego rejestratora z zapisem 20 kamer.

W poz. 6 – montaż 18 sztuk osłon kamer zewnętrznych.

Pismem z dnia 24.09.2010 r. zamawiający w związku z różnicami wartości pozycji kosztorysowej w ofercie wykonawcy, a wyceną dokonaną przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim (ok. 30%) w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wezwał Warbud do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyceny monitoringu, prosząc o określenie typów zastosowanych urządzeń wraz z określeniem ich parametrów.

Pismem z dnia 27.09.2010 r. Warbud S.A. udzieliła żądanych wyjaśnień i wskazała sprzęt przyjęty do wyceny oraz oświadczyła, że cena oferty przewiduje kompleksowe i zgodne z wymaganiami zamawiającego wykonanie przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 14.10.2010 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień, wskazując, iż niektóre urządzenia wyspecyfikowane w wyjaśnieniach z dnia 27.09.2010 r. nie spełniają wymagań zamawiającego bądź nie istnieją.

Pismem z dnia 18.10.2010 r Warbud wyjaśniła, iż omyłkowo podano oznaczenia niektórych urządzeń, oświadczając ponadto, że zdanie zostanie wykonane zgodnie z wymaganiami siwz w sposób uwzględniający dynamiczne zmiany na rynku urządzeń rejestrujących wymuszane szybkim postępem technicznym.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzuty odwołania są niezasadne.

Wybrany wykonawca wraz ze swoją ofertą przedłożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej niezawierającej żadnych warunków jej realizacji, w szczególności uzależniających wypłatę sumy gwarantowanej od zbadania przez gwaranta rzeczywistego wystąpienia okoliczności, w których odpowiedzialność z tytułu gwarancji powstaje. Tym samym jego oferta jest została prawidłowo zabezpieczona wadium, a wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Normatywnym tłem oraz dokładnym odzwierciedleniem sformułowań przedmiotowej gwarancji są przepisy art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Zgodnie z ust. 4 powołanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ust. 5 stanowi, iż zamawiający zatrzymuje 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.

W kwestionowanej gwarancji, wystawca gwarancji dokładnie uwzględnił i oddał w jej treści przypadki zatrzymania wadium opisane w ustawie, tzn. zobowiązanie z tytułu gwarancja obejmuje i zabezpiecza dokładnie takie okoliczności, w jakich ustawa przewiduje zatrzymanie wadium, w szczególności w art. 46 ust. 4a. Odwołujący błędnie przeniósł okres warunkowy pomieszczony wewnątrz opisu jednego z przypadków zatrzymania wadium (powstania odpowiedzialności gwarancyjnej) na ogólną ocenę gwarancji. W szczególności niezasadnie przyjął, że tego typu element opisu (zawierający zwrot „chyba, że udowodni”) jest nie tylko jednym z dookreśleń okoliczności gwarantowanych, ale stanowi dla gwaranta podstawę do badania materialnego wystąpienia danych okoliczności lub do żądania aby zamawiający cokolwiek ze swojej strony udowodnił.

Na marginesie Izba wskazuje, iż według tego samego mechanizmu możliwe byłoby również kwestionowanie wystąpienia pozostałych okoliczności wskazanych w gwarancji (pozostałe przesłanki zatrzymania wadium można w sposób logicznie równoważny przekształcić i zapisać przy pomocy okresów warunkowego i zdań złożonych, np. „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” jest właściwie równoważne zdaniu „, doprowadził do sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe, chyba że nie wynikało to z

przyczyn leżących po jego stronie” albo „doprowadził do sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”).

W treści gwarancji (ust. 5) przewidziano jedynie dopuszczalne warunki formalne odnoszące się do sposobu przedłożenia gwarantowi stosownego żądania zapłaty, dla którego skuteczności wymagane jest wskazanie wystąpienia którejkolwiek z okoliczności opisanej w ust. 4 gwarancji. Wystarczające jest oświadczenie beneficjenta gwarancji, że wykonawca nie przedłożył stosownych dokumentów i przy tym nie udowodnił (wykonawca), iż zaniechanie to wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Powyższe potwierdza również wykładnia autentyczna dokonana przez wystawcę gwarancji, Warta S.A., z dnia 18.01.2010 r., którą oceniono i uznano jako dowód w przedmiocie znaczenia i charakteru udzielonej gwarancji. Oświadczenie gwaranta potwierdza więc tylko to, co wynika z jej treści – mianowicie gwarancja jest nieodwołalna i bezwarunkowa, a wypłata z jej tytułu nastąpi na wezwanie złożone zgodnie z ust. 5 gwarancji czyli na podstawie oświadczenia beneficjenta o wystąpieniu okoliczności opisanych w ust. 4.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba wskazuje, iż zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zaznaczyć należy, iż pisemna oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zawiera żadnych innych treści niż w niej wyrażone lub bezpośrednio z niej wynikające. Jeżeli więc zamawiający w siwz przyjmuje i wymaga składanie ofert jedynie ogólnie potwierdzających spełnianie jego wymagań (w tym technicznych, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia) i deklarujących zobowiązanie do wykonania usług, dostaw czy robót w sposób zgodny z siwz, wystarczające jest przedłożenie oferty o takiej treści. O ile wykonawca poprzestanie na złożeniu w ofercie zobowiązań i podaniu informacji wymaganych przez zamawiającego jego oferta zostanie uznana za zgodna z treścią siwz. Tego typu model „ofertowania” przewidziany w siwz oznacza przeniesienie dokładnej weryfikacji rozwiązań stosowanych przez wykonawcę w zakresie ich zgodności z wymaganiami zamawiającego na etap realizacji zamówienia (ewentualnie na etap przed podpisaniem umowy jeżeli zamawiający przewidzi dokładne dookreślenie przedmiotu robót przed jej podpisaniem, np. przez sporządzenie i przedstawienie szczegółowych kosztorysów robót, które dookreślą przedmiot umowy i staną się jej częścią). W trakcie wykonywania umowy i prowadzonych prac, zamawiający będzie mógł ocenić czy przedmiot wykonywany czy dostarczany przez wykonawcę odpowiada wymaganiom siwz i domagać się stosowania rozwiązań z nią zgodnych, do których zapewnienia wykonawca zobowiązał się w ofercie. Szczegółowy sposób wykonania zamówienia i kształt umowy w tym przedmiocie nie jest jednak determinowany treścią oferty, gdyż w treści oferty po prostu nie został zawarty.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sytuacji i zarzutów odwołującego wobec oferty wybranej, wskazać należy, iż jak słusznie zaznaczył odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wyjaśnienia składane przez wykonawców nie mogą zmienić treści oferty. Ujmując powyższe inaczej: wyjaśnienia wykonawców nie stanowią treści oferty. Oferta złożona przez Warbud w ramach niniejszego postępowania dokładnie odpowiada wszelkim wymaganiom zamawiającego zarówno w przedmiocie

sposobu jej przygotowania (zakresu danych w niej zawartych), jak i materialnej zgodności tych danych z wymaganiami siwz, a przynajmniej odwołujący nie udowodnił, a nawet nie wskazał żadnych okoliczności tego rodzaju. Pomijając nawet zastrzeżenia zamawiającego odnośnie pomocniczego charakteru uproszczonych kosztorysów załączanych do oferty, zauważyć należy, iż kosztorysy te są dokładnie zgodne z opisem monitoringu zawartym w siwz.

Odwołujący skupiał się na wykazaniu niezgodności z treścią siwz rozwiązań i urządzeń podanych przez Warbud w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej, a więc postulował uznanie za niezgodne z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, treści, które na ofertę wykonawcy się nie składały i składać nie mogły. Wyjaśnienia Warbud dosłownie nawet nie stwierdzały, iż podawane tam urządzenia wykonawca oferuje albo zastosuje w trakcie realizacji zamówienia. Poza tym, jak wskazano, wykonawca nie mógłby przekreślić treści swojej oferty (zmienić lub odwołać), w której zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, przez wskazanie na jakimkolwiek etapie po złożeniu oferty rozwiązań z siwz niezgodnych (art. 140 ust. 1 Pzp). Wybrany wykonawca wskazywał jedynie na urządzenia, które przyjął do wyceny przy sporządzaniu oferty. Powyższe nie oznacza, iż urządzenia takie oferuje i będzie montował w trakcie realizacji zamówienia. Izba podkreśla raz jeszcze: zgodnie z siwz w ofercie wybranego wykonawcy nie określono szczegółowo urządzeń, które wykonawca zobowiązuje się zastosować do wykonania zamówienia.

Przechodząc do zarzutu wystąpienia ceny rażąco niskiej, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazać należy, iż zgodnie z ustaloną i powszechnie akceptowaną linią orzecniczą w przypadku ceny ryczałtowej obejmującej całość przedmiotu zamówienia jej rażąco niski charakter należy oceniać i ustalać w odniesieniu do całości ceny, a nie jej poszczególnych fragmentów. Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała cena ofertowa jest rażąco niska. Tymczasem odwołujący skupiał się na dowodzeniu zaniżenia przez wybranego wykonawcę ceny monitoringu w stosunku do jego realnej wartości. Zaznaczyć przy tym należy, że wartość monitoringu stanowi ok 2% wartości całego zamówienia. Ponadto porównanie wysokości cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie daje nawet żadnych poszlak dla przyjęcia, iż cena rażąco niska w ofercie wybranej wystąpiła.

W związku z powyższym, uwzględniając zasadę rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc i art. 190 ust. 1 Pzp, Izba uznała ww. zarzut za nieudowodniony.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

.....