

Świeradów-Zdrój, dnia 04.08.2008r.

OR.ZP1.340-15/08

**Wnoszący Protest:**

Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego  
„EGBUD” Sp. z o.o.  
ul. Młodych Energetyków 3  
59-850 Świeradów-Zdrój  
w imieniu Konsorcjum firm:

**Partner:** „ACTIVIA” Longin Witkowski

ul. Gabriela Narutowicza 127/53, 90-146 Łódź

**Lider:** Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i  
Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o.  
ul. Mł. Energetyków 3, 59-916 Bogatynia

**Dotyczy: Postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Moje Boisko Orlik 2012” w Świeradowie-Zdroju – etap I .**

**Rozstrzygnięcie protestu**

Na podstawie art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej zwanej „ustawą”, po rozpatrzeniu Państwa protestu z dnia 29-07-2008 r. wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku ww. postępowania, zdaniem Protestującego naruszających art. 7, art. 34 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) **Zamawiający postanawia oddalić protest w całości .**

W dniu 29.07.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest. Żądania zawarte w proteście to: Uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty i dokonanie czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

**Uzasadnienie:**

I. Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów tj. *naruszenie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez fakt, że Zamawiający w przeprowadzonym postępowaniu nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji poprzez równe traktowanie wszystkich Wykonawców, oraz nie zapewnił bezstronności i obiektywizmu dokonując wykluczenia oferty wnoszącego protest. W zarzucie tym Wykonawca podniósł, iż Zamawiający nie postawił*

wymogu w SIWZ, że w gwarancji wadialnej w przypadku składania wspólnej oferty wszyscy partnerzy konsorcjum muszą zostać wyszczególnieni w gwarancji wadialnej. A zatem Wykonawca spełnił warunki SIWZ.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż nie naruszył treści art. 7 i dochował należytej staranności, gdyż SIWZ w zakresie wymogów wniesienia wadium sporządził prawidłowo przytaczając zapisy ustawowe Prawa zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający wzorował się na wzorcowej dokumentacji sporządzonej przez Ministerstwo Sportu i Turystyki i opublikowanej na oficjalnych stronach internetowych celem pobrania ich przez potencjalnych Zamawiających i wykorzystania w ogłaszanych przetargach w ramach realizacji ogólnopolskiego programu „Moje Boisko Orlik 2012”. Zamawiający przypomina, iż każdemu z wykonawców zostało zagwarantowane jednakowe prawo zwracania się z pytaniami dotyczącymi treści ogłoszenia i SIWZ, poprzez opublikowanie tych dokumentów na oficjalnej stronie Urzędu Miasta, co wypełnia przesłanki art. 7 PZP, czyli równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji. Z prawa tego Wykonawcy nie skorzystali. Zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności za nie skorzystanie z prawa zadawania pytań przez Wykonawców w przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości po ich stronie związanych z interpretacją zapisów SIWZ.

II. Odnosząc się do zarzutu drugiego tj. *naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 PZP poprzez fakt wykluczenia oferty wnoszącego protest i uznania, że wnoszący protest nieprawidłowo wniósł wadium*. Zamawiający podtrzymuje wcześniej wyrażony pogląd, iż wniesiona gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie zabezpiecza oferty w zupełności. To czy gwarancja zabezpiecza ofertę w zupełności czy nie, nie zależy od tego na czyje zlecenie została wydana. Może być wydana na jednego członka konsorcjum, czy nawet na podmiot nie będący członkiem konsorcjum. **Istotny jest zakres zobowiązania gwaranta.** Gwarant ponosi odpowiedzialność za swoje zobowiązanie, ale tylko w takim zakresie do jakiego zobowiązał się w gwarancji. Jeśli więc Wykonawca X będący liderem konsorcjum wnosi gwarancje a w jej treści zostało napisane, że Gwarant wypłaci określoną kwotę jeśli Wykonawca X odmówi podpisania umowy, lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, albo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta, to oferta złożona przez kilku Wykonawców nie jest prawidłowo zabezpieczona. Z jej treści nie można wyinterpretować, że Gwarant poniesie odpowiedzialność również za innych Wykonawców.

**Zamawiający stoi na stanowisku, iż zapisy przedłożonej gwarancji należy interpretować ściśle a nie rozszerzająco.** Należy w tym miejscu wskazać na orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w Uchwale 7 sędziów z dnia 16.04.1993r. (III CZP 16/93) stwierdził, iż „Zobowiązanie banku wynikające z umowy gwarancyjnej opatrzone klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może być traktowane w sposób bezwzględny...Odmowa zapłaty odszkodowania przez Gwaranta mogłaby nastąpić także wówczas gdy beneficjent gwarancji wykorzystuje to zabezpieczenie do innych celów niż określone w gwarancji (np. stara się jednostronnie rozszerzyć zabezpieczenie gwarancyjne na inne zobowiązania podstawowe niż przewidziane w umowie gwarancyjnej)...” .

W złożonej ofercie mamy do czynienia z taką sytuacją:

1. Oferta została złożona przez Wykonawcę:

Konsorcjum firm w składzie:

**Lider:** Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i

Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o.

ul. Mł. Energetyków 3, 59-916 Bogatynia

**Partner:** „ACTIVIA” Longin Witkowski

ul. Gabriela Narutowicza 127/53, 90-146 Łódź

2. Do oferty dołączono pełnomocnictwo z którego wynika, iż umocowanym do złożenia oferty **w imieniu i na rzecz** każdej z firm wchodzących w skład konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu jest firma „EGBUD”.
3. Do oferty dołączono Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, która została wystawiona na: **OFERENTA** (UCZESTNIKA PRZETARGU):

PBGIE „EGBUD” Sp. z o.o.

ul. Młodych Energetyków 3

59-916 Bogatynia

Regon 230504716

W § 2 ust. 2 Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić na rzecz Beneficjenta sumę gwarancyjną w enumeratywnie wymienionych sytuacjach tj.:

- a) **Oferent** odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) **Oferent** nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie **Oferenta**.

Zdaniem Zamawiającego mamy tutaj do czynienia z jednostronnym rozszerzeniem zobowiązań Gwaranta przez Wykonawcę. Zamawiający interpretując zapisy gwarancji, w szczególności § 2 ust 2 w sposób ścisły, nie ma podstaw sądzić, iż Gwarant bierze odpowiedzialność za inny podmiot niż wymieniony w gwarancji, w tym również za drugiego członka konsorcjum. Takiej opcji gwarancja nie przewiduje. Zamawiający nie ma też prawa zwrócić się do Wykonawcy o uzupełnienie oferty o inne dokumenty w tym zakresie np. o umowę konsorcjum, czy też o wniosek złożony przez Wykonawcę o wydanie gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż naruszyłby art. 23 ust. 4 i 26 ust. 3 PZP. Zamawiający będąc w posiadaniu tych dokumentów mógłby być może wyciągnąć inne wnioski.

Wykonawca ponadto podnosi, iż „*Gwarancja została wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. na wnoszącego protest jako Lidera konsorcjum*”. Powyższe twierdzenie nie ma potwierdzenia w przedłożonej Zamawiającemu gwarancji, gdyż w jej treści występuje: **OFERENT (UCZESTNIK PRZETARGU):**

PBGIE „EGBUD” Sp. z o.o.

ul. Młodych Energetyków 3

59-916 Bogatynia

Regon 230504716

Wykonawca ponadto podnosi, iż *w pełnomocnictwie lider konsorcjum jest umocowany do podpisania umowy w imieniu całego konsorcjum*. Zamawiający nie kwestionuje tego faktu, ale pragnie podkreślić, iż możliwa jest sytuacja w której Lider konsorcjum nie będzie w stanie (nie z własnej winy) z tego upoważnienia skorzystać. W szczególności dotyczy to cofnięcia pełnomocnictwa przez partnera konsorcjum lub też wygaśnięcia pełnomocnictwa. Te sytuacje nie zostały przewidziane w Gwarancji i Zamawiający nie ma prawa oczekiwać, że Gwarant weźmie za nie odpowiedzialność.

*Wykonawca przywołuje również uzasadnienie Zespołu Arbitrów z dnia 04.07.2007r. sygnatura akt UZP/ZO/O-780/07. Zamawiający pragnie zauważyć, że wszystkie orzeczenia wydane przez Zespół Arbitrów, a obecnie KIO nie mają charakteru powszechnie obowiązującej wykładni prawa. Wydając rozstrzygnięcie KIO zawsze powołuje się na następujące formuły:*

- „W tym stanie faktycznym KIO zauważyła co następuje...”
- „Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie KIO zważyła i ustaliła co następuje...”
- „Na podstawie dokumentacji postępowania i stanowisk Stron KIO ustaliła i zważyła co następuje...”

Powyższe formuły wskazują, iż Krajowa Izba Odwoławcza zastrzega sobie, iż rozstrzygnięcia te mają charakter jednostkowy i mogą mieć zastosowanie tylko do określonej sprawy. Ponadto należy zauważyć, że KIO dysponuje nieograniczona niemal możliwością pobierania dowodów w sprawie, a Zamawiający jest ograniczony licznymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odnosząc się do zarzutu trzeciego, iż *Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez fakt odrzucenia oferty wnoszącego protest i uznanie, że oferta nie spełnia wymogów SIWZ*, Zamawiający oddała zarzut. W związku z tym, iż Zamawiający powyżej wykazał, że Wykonawca nie zabezpieczył oferty, gdyż nieprawidłowo wniósł wadium Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 musiał ofertę odrzucić.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż od rozstrzygnięcia niniejszego protestu nie przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

.....  
*podpis Zamawiającego*

*Sporządził:  
Monika Sautycz  
Podinspektor ds. Zamówień publicznych*