

WYROK
z dnia 8 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Marek Kolesnikow
Izabela Kuciak**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Tehand Sp. z o.o., EDO MED Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Radomszczański, ul. Leszka Czarnego 22, 97-500 Radomsko** protestu z dnia 31 sierpień 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Radomszczański, ul. Leszka Czarnego 22, 97-500 Radomsko
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Tehand Sp. z o.o., EDO MED Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Powiat Radomszczański, ul. Leszka Czarnego 22, 97-500 Radomsko** na rzecz **Konsorcjum: Tehand Sp. z o.o., EDO MED Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Tehand Sp. z o.o., EDO MED Sp. z o.o., ul. Herbowa 4, 20-551 Lublin.**

Uzasadnienie

Stan faktyczny

Zamawiający, Powiat Radomszczyński, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup aparatury, sprzętu medycznego i wyposażenia medycznego niezbędnego dla osiągnięcia celów realizowanego zadania inwestycyjnego pn. Budowa Szpitala Powiatowego w Radomsku (Faza I-Etap I).

W dniu 24.08.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę TEHAND Sp. z o.o. o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z brakiem prawidłowego zabezpieczenia jego oferty wadium oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z brakiem ważnych ofert (w zakresie części II zamówienia).

W uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy wskazano, iż na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium, jako beneficjent gwarancji zostało wskazane Starostwo Powiatowe w Radomsku, natomiast zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu jest Powiat Radomszczański jako podmiot posiadający zdolność bycia podmiotem praw w stosunkach obligacyjnych. Takiego przymiotu nie można przypisać Starostwu Powiatowemu jako jednostce organizacyjnej powiatu zapewniającej obsługę administracyjną, organizacyjną i techniczną m.in. Zarządu Powiatu.

PROTEST

W dniu 31.08.2009 r. Konsorcjum Firm: TEHAND Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie (Lider Konsorcjum) oraz EDO MED. Sp. z o.o. z Warszawy wniosło protest wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i konsekwentnie art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5 i art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II,
2. unieważnienie czynności wykluczenia oferty Konsorcjum z przedmiotowego postępowania w zakresie części II,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu (część II).

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]

Mając na uwadze [...] aktualne orzecznictwo w sprawach o analogicznym stanie faktycznym wskazać należy, że czynność Zamawiającego jest sprzeczna z prawem.

Istotnie przedłożona do oferty gwarancja wskazuje jako beneficjenta Starostwo Powiatowe, jednakże treść gwarancji precyzyjnie wskazuje przedmiot zamówienia oraz wysokość sumy gwarancyjnej określonej przez Zamawiającego w rozdziale 8 punkt 8.2 ppkt 2) siwz. W naszym przekonaniu wskazanie Starostwa Powiatowego zamiast Powiatu

Radomszczańskiego nie oznacza nieprawidłowości wystawionej przez Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń SA gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z ustawą z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym Starostwo Powiatowe jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, powołaną do obsługi m.in. Zarządu Powiatu. A zatem nie jest podmiotem prawa, co oznacza, że nie zachodzi prawdopodobieństwo zaspokojenia innego podmiotu prawa z przedstawionej gwarancji mimo wskazania Starostwa jako beneficjenta przedmiotowej gwarancji.

Dodatkowo, wskazać należy, że sam Zamawiający, w treści siwz w rozdziale 12 "Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert. Pkt. 12.3 wskazuje: Publiczne otwarcie ofert nastąpi dnia 10.07.2009 r. o godz. 10.15 w siedzibie Zamawiającego -Starostwo Powiatowe, 97-500 Radomsko, ul. Leszka Czarnego 22, p/ 118. Podobnie powołuje również Starostwo Powiatowe w Rozdziale 10 pkt. 10.13 w związku z koniecznością zaadresowania i opisanie oferty Wykonawcy. W związku z czym również Zamawiający nazywa Starostwo Powiatowe Zamawiającym.

Dodatkowo do niniejszego protestu dołączamy oświadczenie ubezpieczyciela z którego jednoznacznie wynika prawo i możliwość do zabezpieczenia się z tytułu załączonej do oferty gwarancji wadialnej Powiatu Radomszczańskiego.

Złożenie wraz z protestem takiego oświadczenia jak, również wzięcie po uwagę tego oświadczenia przez Zamawiającego przy rozstrzyganiu protestu, nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Stanowi o tym m.in. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. (sygn. akt. II Ca 489/06), gdzie Sąd Okręgowy wydając wyrok oparł się m.in. na oświadczeniu wystawcy gwarancji wadialnej, który potwierdził skuteczność swojego zobowiązania i nie dopatrył się w tym naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy lub zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, a także wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 266/09, oraz wyrok KIO z dnia 3 września 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 863/08 wnosimy o

uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i dokonania wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w przedmiotowej części postępowania.”

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 09.09.2009 r. zamawiający ww. protest odrzucił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano:

„Zgodnie z treścią art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 cytowanej ustawy. Z kolei środki ochrony prawnej w tym również protest przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Stosownie do treści przepisu art. 2 pkt 11 p.z.p, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o

4

udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Analiza oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, iż została ona złożona przez Firmę Tehnad Sp. z o.o. jako indywidualny podmiot, a nie przez Konsorcjum, które obecnie wnosi protest.

W treści oferty w żaden sposób nie zostało choćby wskazane, iż Firma Tehnad Sp. z o.o. występuje w przedmiotowym postępowaniu jako lider konsorcjum.

Wprawdzie do oferty zostały załączone dokumenty obu Firm, tj. Tehnad Sp. z o.o z siedzibą w Lublinie oraz EOO MED. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jednak dokumenty dotyczące Firmy EDO MED nie były brane pod uwagę przez Zamawiającego, gdyż z treści oferty złożonej w niniejszym postępowaniu jednoznacznie wynikało, iż ofertę złożyła wyłącznie Firma Tehnad Sp. z o. o.

Ponadto w załączonych do oferty dokumentach znajduje się pełnomocnictwo udzielone Pani Urszuli D. zarówno do działania w postępowaniach przetargowych w imieniu Konsorcjum, jak i samej Firmy Tehnad Sp. z o.o., która w niniejszym postępowaniu jest Wykonawcą, w związku z powyższym nie ulega wątpliwości, iż Pani Urszula D. była uprawniona do złożenia i podpisania oferty w imieniu Firmy Tehnad Sp. z o.o. działającego jako indywidualny podmiot.

W tym miejscu podkreślenia wymaga także fakt, iż zgodnie z treścią pkt 6.2.1 pkt 8) SIWZ przy składaniu oferty wspólnej wszelkie formularze, dokumenty sporządzone na załączonych do SIWZ wzorach, składa i podpisuje w imieniu wszystkich Wykonawców, Pełnomocnik wpisując w miejscu przeznaczonym na podanie nazwy i adresu Wykonawcy, nazwy i adresy wszystkich Wykonawców składających ofertę wspólną.

Tymczasem we wszystkich miejscach przeznaczonych na podanie nazwy i adresu Wykonawcy widnieje wyłącznie Firma Tehnad Sp. z o.o., natomiast w żadnym z miejsc w których winien zostać określony wykonawca nie zostały wskazane łącznie Firmy Tehnad Sp. z o.o. i EDO MED. Sp. z o.o. jako Konsorcjum Firm.

Dodatkowo należy także wskazać, iż informacja o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty, jak i o unieważnieniu przedmiotowego postępowania została skierowana do Firmy Tehnad sp. z o.o., a nie jak wskazuje to protestujący do Konsorcjum. Z przedmiotowej czynności Zamawiającego wynika więc również w sposób nie budzący wątpliwości, kogo Zamawiający uznał za Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe należy jednoznacznie stwierdzić iż przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum firm Tehnad Sp. z o.o. i EDO MED Sp. z o.o. nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia protestu, gdyż status wykonawcy posiada wyłącznie ubiegający

5

się o zamówienie: Tehnad Sp. z o.o., dlatego też wniesiony przez Państwa protest podlega odrzuceniu.

Niezależnie od okoliczności wskazujących na odrzucenie protestu zachodzą również przesłanki uzasadniające oddalenie protestu

Jak zostało wskazane w piśmie informującym wykonawcę o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty w sposób nieprawidłowy wskazany został beneficjent gwarancji ubezpieczeniowej wadium jako Starostwo Powiatowe w Radomsku.

W odpowiedzi na powyższy zarzut Protestujący wskazał, iż istotnie przedłożona do oferty gwarancja jako beneficjenta wskazuje Starostwo Powiatowe w Radomsku, jednakże treść gwarancji precyzyjnie określa przedmiot zamówienia oraz wysokość sumy gwarancyjnej, dlatego też wpisanie zamiast Powiatu Radomszczańskiego Starostwa Powiatowego w ocenie Protestującego nie jest błędem. Ponadto Protestujący podniósł, iż Starostwo Powiatowe w Radomsku nie jest podmiotem prawa, dlatego nie zachodzi prawdopodobieństwo zaspokojenia innego podmiotu prawa z przedstawionej gwarancji mimo wskazania Starostwa jako beneficjenta przedmiotowej gwarancji.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Protestującego należy jednoznacznie stwierdzić, iż stanowisko Protestującego co do braku wadliwości złożonej do oferty gwarancji jest bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, wadium może być wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Podstawowym elementem gwarancji ubezpieczeniowej musi być nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego. Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353 [1] k.c.). Najkrócej rzecz ujmując, jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji (tak Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 11 stycznia 2006 roku sygn. akt I ACa 761/05). Ponadto istotą wadium, jest również to, aby zabezpieczało ono interesy Zamawiającego od chwili otwarcia ofert w postępowaniu do dnia zawarcia umowy. W dotychczas przyjętej linii

6

orzecnictwa i doktryny w tym zakresie przyjęto stanowisko, iż wadium ma służyć Zamawiającemu, a co za tym idzie - beneficjentem gwarancji musi być Zamawiający. W przedmiotowej sprawie niewątpliwym jest, iż Zamawiającym w postępowaniu na zakup aparatury i sprzętu medycznego jest Powiat Radomszczański, na co jednoznacznie wskazuje sporządzona do postępowania specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o przetargu, a nie Starostwo Powiatowe w Radomsku, jak stanowi przedłożona gwarancja.

Ponadto wskazane, jako beneficjent w treści gwarancji ubezpieczeniowej Starostwo Powiatowe, to podmiot, który nie jest podmiotem prawa, nie posiada osobowości prawnej, nie ma zdolności prawnej, ani zdolności do czynności prawnych, nie może być podmiotem praw i obowiązków. Starostwo Powiatowe nie jest również jednostką organizacyjną w rozumieniu art. 33 ustawy kodeks cywilny w związku z art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Starostwo Powiatowe jest więc strukturą, która nie stanowi samodzielnego bytu prawnego, nie jest organem Powiatu i nie reprezentuje go na zewnątrz wobec osób trzecich. W związku z powyższym w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zaspokojenie się przez Zamawiającego z wniesionego wadium, zaistnieje brak możliwości dochodzenia kwoty objętej gwarancją ubezpieczeniową z uwagi na dwie okoliczności: 1) brak przyniotu zdolności sądowej po stronie Starostwa Powiatowego, 2) brak legitymacji po stronie Powiatu Radomszczańskiego z uwagi na brak wskazania Powiatu jako beneficjenta gwarancji.

Nieprawidłowo wniesionego wadium w żaden sposób nie konwaliduje oświadczenie ubezpieczyciela załączone do protestu z którego wynika, iż prawo i możliwość do zabezpieczenia się z tytułu załączonej do oferty gwarancji wadium będzie miał Powiat

Radomszczański. Ustawa Prawo zamówień publicznych ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestię wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełnienia po terminie składania ofert, pomimo, że przepisy tej ustawy umożliwiają uzupełnienie innych dokumentów. Taki też pogląd przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 września 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 868/08), w którym podniosła, że wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela nie mogą mieć charakteru sanującego błędną gwarancję ubezpieczeniową, gdyż zostały złożone po terminie składania ofert. Ponadto wskazać należy, że nic ma podstaw prawnych w ustawie Prawo zamówień publicznych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji, a przede wszystkim podstaw prawnych do zwrócenia się do ubezpieczyciela do złożenia takich wyjaśnień.

Nie można się również zgodzić z twierdzeniem Protestującego, iż sam Zamawiający w SIWZ jako Zamawiającego wskazuje Starostwo Powiatowe. We wskazanych przez Protestującego

7

punktach SIWZ znajduje się zapis „Starostwo Powiatowe”, ale wyłącznie jako określenie siedziby Zamawiającego lub adres do korespondencji.

Nie można się również zgodzić z podnoszonymi przez Protestującego argumentami, iż orzecznictwo KIO w tym w szczególności wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 266/09 oraz wyrok z dnia 3 września 2008 roku sygn. akt H. KIO/UZP 863/08 dotyczą analogicznych stanów faktycznych, jak zachodzący w niniejszym postępowaniu. Jak wynika bowiem ze wskazanych wyżej wyroków w SIWZ został nieprawidłowo określony Zamawiający poprzez wskazanie odpowiednio, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego oraz Urzędu Miasta Malborka, zamiast prawidłowego wskazania Województwa Zachodniopomorskiego oraz Gminy Miasta Malbork. W przedmiotowych orzeczeniach KIO właściwie wskazało, iż Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków podania przez Zamawiającego nieprawidłowych informacji w treści dokumentacji przetargowej.

W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia po stronie Zamawiającego z jakimikolwiek nieprawidłowościami w jego oznaczaniu. Wręcz przeciwnie w całej dokumentacji przetargowej konsekwentnie jako Zamawiający wskazywany jest Powiat Radomszczański, zaś Starostwo Powiatowe zostało wskazane wyłącznie dla celów korespondencyjnych, jako adres siedziby Zamawiającego.

W tym miejscu należy również wskazać na prezentowaną przez KIO linię orzecniczą, z której wynika, iż zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy odpowiednio. Takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które jest zwieraniem przed przedsiębiorców ad hoc porozumieniem celowym. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum (tak KIO w wyrokach z dnia 31 marca 2008 roku sygn. akt KIO/UZO 223/08, KIO/UZP 231/08).”

ODWOŁANIE

W dniu 18.09.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu podtrzymano wszystkie argumenty, zarzuty i żądania protestu związane z wykluczeniem wykonawcy, wnosząc również o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odnosnie odrzucenia protestu wskazano:

„Nie można również zgodzić się z odrzuceniem Naszego protestu, który Zamawiający uznał za wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający bowiem stwierdził, że ofertę w

8

przedmiotowym postępowaniu złożyła tylko firma Tehand, a nie Konsorcjum firm Tehand EDO-MED. Takie stanowisko jest absolutnie bezzasadne. W treści złożonej przez Nas oferty i ocenianej jak twierdzi Zamawiający znajdują się dokumenty dotyczące obu konsorcjantów. W tym w szczególności dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu. Wskazać należy, że załącznik nr 13 do oferty - dotyczy udokumentowania posiadanego doświadczenia i wskazuje, że wykonawcą jest Konsorcjum Tehand Sp z. o. o. EDO-MED. Sp. z. o. o. również załączone do wykazu referencje wystawione na firmę EDO-MED. Potwierdzają udział w niniejszym postępowaniu dwu podmiotów występujących łącznie.

Wskazać również należy, że gwarancja wadialna, która stanowił podstawę decyzji Zamawiającego w zakresie Naszego wykluczenia zawiera jednoznaczne oświadczenie podmiotu, który wnosi wadium w niniejszym postępowaniu ze wskazaniem funkcji jaką pełni Tehand, a więc Lidera Konsorcjum. Niezależnie od powyższego Konsorcjanci w przedmiotowym postępowaniu ustanowili Pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ustawy, która to Pani otrzymała stosowne pełnomocnictwo. Z treści złożonego pełnomocnictwa jednoznacznie wynika, że "członkowie Konsorcjum" zamierzają wspólnie ubiegać się i realizować zamówienie publiczne, na które prowadzone jest postępowanie i to właśnie członkowie działając w trybie art. 23 ust. 2 ustawy pzp udzielają pełnomocnictwa do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo wskazać należy, że podział obowiązków poszczególnych członków konsorcjum wynika z zawartej umowy Konsorcjum, której nie ma obowiązku załączać do oferty. Jest to bowiem umowa pomiędzy stronami określająca obowiązki każdego z Konsorcjantów wraz ze wskazaniem szczegółowego zakresu realizacji zadania w danym postępowaniu. Z ostrożności jedynie wskazać należy, że nawet gdyby przyjąć, że z uwagi na nie wskazanie w treści formularza oferty drugiego z członków Konsorcjum Zamawiający wywodzi, że ofertę złożyła firma Tehand to taki błąd podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. W związku z czym stanowisko Zamawiającego co do odrzucenia Naszego protestu jest bezpodstawne."

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż odwołujący legitymuje się interesem prawnym do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

9

W odniesieniu do odrzucenia protestu w związku z uznaniem przez zamawiającego, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył tylko jeden z konsorcjantów składających następnie wspólnie protest i odwołanie, Izba wskazuje na błędne ustalenia faktyczne oraz niewłaściwe zastosowanie adekwatnych przepisów dokonane przez zamawiającego. Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Powyższe zasady dokonywania wykładni treści oświadczeń woli – czy szerzej – ich znaczenia (np. odnośnie wskazania i identyfikacji właściwego adresata czy składającego oświadczenie) w pełni odnoszą się również do oświadczeń woli (ofert) składanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Tymczasem zamawiający swoje stanowisko oparł jedynie na fakcie oznaczenia formularza ofertowego pieczęcią nagłówkową tylko jednego z konsorcjantów, Tehand Sp. z o.o., stwierdzając, iż nie zachodzą wątpliwości, co do podmiotu składającego ofertę. Natomiast zgodnie z ww. przepisem przy ocenie powyższego pod uwagę wziąć należało, iż wraz z formularzem ofertowym złożono szereg dokumentów wskazujących na zgodny zamiar obu konsorcjantów wspólnego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Odwołujący załączyli do oferty m.in. dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez obu wykonawców, pełnomocnictwo w rozumieniu art. 23 ustawy wystawione przez wykonawców dla tej samej osoby do reprezentowania ich w konkretnie oznaczonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, z którego treści wynika, iż wspólnie zamierzają ubiegać się o przedmiotowe zamówienie oraz gwarancję ubezpieczeniową jako wadium w przedmiotowym postępowaniu wystawioną na zlecenie obu wykonawców.

Zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje obowiązujące w ramach stosunków cywilnoprawnych jakimi są postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną

w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny (co nie wyklucza pewnych dopuszczalnych pomyłek w jej przygotowaniu i złożeniu) i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w siwz, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. W świetle powyższego zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców aby w ramach obowiązujących przepisów Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy jakim jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych.

10

Wskazanych zasad oceny i interpretacji odnoszących się do ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przekreślają: formalne i materialne przewidziane ustawą ograniczenia swobody umów; przeważnie profesjonalny charakter udzielanych zamówień i podmiotów o nie się ubiegających; czy wynikający z art. 9 ust. 1 i 82 ust. 2 Pzp wymóg pisemności postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza oferty. Powyższe w szczególności nie oznacza, iż w przypadku wątpliwości co do treści czy znaczenia oświadczenia woli nie jest możliwa ich interpretacja i wyjaśnienie z uwzględnieniem innych okoliczności, niż sama treść czy oznaczenie dokumentu zawierającego oświadczenie woli (tu: formularza ofertowego). Iżba co prawda nie przychyliła się do stanowiska jakoby dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy gwarancja wadialna stanowiły część oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy – zobowiązanie do określonego wykonania przedmiotu zamówienia, ale są to spełniające wszelkie wymogi ustawy co do formy, dokumenty załączone do oferty, na które można powoływać się jako na okoliczności sprawy wpływające na sposób interpretacji oferty.

W związku z powyższym, w ocenie Izby należy stwierdzić i przyjąć, iż ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyli dawaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TEHAND Sp. z o. o. oraz EDO MED Sp. z o.o., czyli podmioty następnie wnoszące i popierające protest i odwołanie w sprawie, tym samym nie zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Izba przychylając się do stanowiska odwołującego stwierdza, iż oznaczenie jako beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium urzędu Starostwa Powiatowego zamiast będącej zamawiającym w postępowaniu właściwej jednostki samorządu terytorialnego, nie wyczerpuje hipotezy powołanego przepisu i tym samym nie uprawnia do zastosowania jego dyspozycji. W szczególności powyższe nie prowadzi do „nieważności” gwarancji ubezpieczeniowej czy niemożliwości zaspokojenia się zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie jest możliwe uznanie wadium za niewniesione i wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Przede wszystkim wskazać należy, iż również do interpretacji jednostronnego oświadczenia woli jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa wystawiana przez podmiot prowadzący działalność ubezpieczeniową odnoszą się zasady wykładni oświadczeń woli wyrażone w art. 65 § 1 Kc. W odróżnieniu od czynności procesowych (w rozumieniu kpc, jak i ustawy oraz jej przepisów wykonawczych) regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy

11

wnoszenia niezbędnych dla wywołania określonych, procesowych skutków prawnych, oświadczenia woli wywołujące skutki zobowiązaniowe, takie jak oferty wykonania zamówienia publicznego czy gwarancje wadialne składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia również podlegały będą tego rodzajowi wykładni w szerokim zakresie wpływu na ich znaczenie zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretację w ramach regulujących przepisów.

Izba wskazuje, iż oceniając skuteczność gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez odwołującego w niniejszym postępowaniu pod uwagę należało wziąć następujące okoliczności sprawy:

Bezsporne jest, iż w treści gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający, którym jest Powiat Radomski i który powinien zostać wskazany jako beneficjent gwarancji wadialnej

został nieprawidłowo oznaczony przez przywołanie jego organizacyjnego aparatu pomocniczego przy pomocy którego organy powiatu wykonują swoje ustawowe funkcje, tj. Starostwa Powiatowego w Radomsku.

Niemniej jednak gwarancja ubezpieczeniowa, co wynika z jej treści, została wystawiona na zlecenie obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż oznaczenie zlecającego wystawienie gwarancji jako „Konsorcjum Firm: Tehand... i EDO MED...” wskazuje na dwa uprawnione podmioty, których bardziej czy mniej sformalizowany związek zawarty w celu wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia można określić zwyczajowym mianem „konsorcjum”.

Następnie niniejsza gwarancja została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści, tj. Towarzystwo Ubezpieczeniowe UNIQA S.A. wystawiająca gwarancję zobowiązała się do zapłaty sumy gwarantowanej na rzecz beneficjenta gwarancji – organizatora przetargu w konkretnym i wskazanym postępowaniu (z przywołaniem przedmiotu zamówienia) w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami ustawy, we właściwych dla wskazanego przetargu terminach związania ofertą ... etc.... Powyższe pozwala na ustalenie, iż celem wystawianej w dobrej wierze gwarancji ubezpieczeniowej jest zabezpieczenie interesów beneficjenta, który rzeczywiście może być podmiotem praw i obowiązków z niej wynikających, lub inaczej: zobowiązanie gwaranta do zapłaty sumy gwarantowanej dotyczącej zaspokojenia rzeczywistego beneficjenta gwarancji, którym zarówno w opinii zlecającego jak i gwaranta jest Powiat Radomski.

Nie budzi również wątpliwości, iż Starostwo Powiatowe poza wyjątkami wynikającymi z przepisów szczególnych nie ma zdolności sądowej zarówno do bycia pozywanym, jak i

12

powodem w zakresie sporów sądowych, w tym również wynikłych na tle realizacji i dochodzenia uprawnień z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej.

Powyższe jednak nie oznacza, iż podmiot uprawniony z jej tytułu, czyli jednostka samorządu terytorialnego posiadająca osobowość prawną i zdolność sądową, nie będzie mogła zaspokoić się z tytułu tak wystawionej gwarancji czy dochodzić roszczeń z nią związanych na drodze sądowej – tożsamość beneficjenta gwarancji i powoda będzie w takim przypadku zachowana.

Odnosnie powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż oświadczenie wystawcy gwarancji załączone do protestu rozwiewa wszelkie wątpliwości w przedmiocie zakresu czy precyzyjniej – adresata zobowiązania objętego gwarancją. Towarzystwo ubezpieczeniowe wprost wskazuje, iż nie odrzuci wezwania od faktycznego jej beneficjenta, tj. Powiatu Radomskiego tylko dlatego, że w treści gwarancji wskazano jego Starostwo.

Po drugie powyższe oświadczenie nie stanowi zmiany treści gwarancji ubezpieczeniowej ani wniesienia nowego wadium, ale jedynie dokument dowodowy, który należy uwzględnić przy ocenie i interpretacji pierwotnie przedstawionej gwarancji obowiązującej od początku terminu związania ofertą, i jako taki nie stanowi naruszenia dyspozycji jakiegokolwiek przepisu ustawy, w tym art. 26 ust. 3. W szczególności nie zachodzi tu przypadek wskazywanego w powoływanych przez zamawiającego wyrokach KIO rozszerzenia zakresu obowiązywania gwarancji, tj. katalogu przypadków wadium wpisanego pierwotnie w jej treści.

Reasumując, Izba za potwierdzone uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie w stosunku do odwołującego, a tym samym za potwierdzone uznano naruszenia przepisów zastosowanych przez zamawiającego w następstwie czynności wykluczenia wykonawcy, a wskazanych w treści odwołania. Nie potwierdzono natomiast naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

13

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....