

WYROK

z dnia 3 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 19 listopada 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 099 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez zamawiającego **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa** na rzecz wykonawcy **BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

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 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi, realizowanymi w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

15.10.2010 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 289105.

15.11.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Euroinvest CDI Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Gdańska 139, 85-022 Bydgoszcz;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Bud-Invent Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 67, 02-574 Warszawa, gdyż wykonawca nie wniósł wadium – art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

19.11.2010 r. w terminie zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca Bud-Invent wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności:

- 1) badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odstąpienia od czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego:

1. W rozdz. 9 specyfikacji, został postawiony wymóg, aby oferta była zabezpieczona wadium w kwocie 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych). Przy czym, w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż pieniądź, tj.:

- w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- w gwarancjach bankowych;
- w gwarancjach ubezpieczeniowych;

– w poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732, Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620).

Z treści gwarancji (poręczenia) powinno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego, w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, składając Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG24/0002/10/0093, wystawioną 20 października 2010 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group II Oddział Warszawa. W treści gwarancji wskazano, że ubezpieczyciel, na podstawie pełnomocnictwa nr DUF 0833/2010 z 27 sierpnia 2010 r. jest reprezentowane przez Pana Marka Piotrowskiego – Zastępcę Dyrektora II Oddziału w Warszawie, zaś sama gwarancja została podpisana przez Panią Iwonę Wiśniewską – Dyrektora.

Jak wynika ze stanowiska InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, które odwołujący otrzymał 17 listopada 2010 r., w związku z zakwestionowaniem przez zamawiającego ważności ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium:

- Pani Dyrektor Iwona Wiśniewska była umocowana do reprezentowania ubezpieczyciela przy wystawianiu ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG24/0002/10/0093; potwierdza to pełnomocnictwo nr DUF 0833/2010 z 27 sierpnia 2010 r. (pismo to wraz z pismem z 17 listopada 2010 r. stanowi załącznik Nr 1 do odwołania); umieszczenie w treści gwarancji, jako reprezentanta Towarzystwa Pana Marka Piotrowskiego jest omyłką pisarską, która jednak nie ma wpływu na ważność gwarancji (pomimo omyłki gwarancja jest ważna);
- przy składaniu oświadczeń woli, istotna jest osoba, która podpisuje oświadczenie oraz jej podpis, zaś sprawa pomyłki, to jest kto jest wpisany jako reprezentant i kto widnieje jako osoba podpisująca jest sprawą drugorzędną.

Stanowisko to potwierdza tezę o bezpodstawności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący przedstawia pełnomocnictwo Nr ZOP/273/2009 udzielone przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Pani Ewie Markiewicz – Kierownikowi Zespołu Gwarancji Ubezpieczeniowych w Departamencie Ubezpieczeń Finansowych Biura

Zarządu InterRisk S.A., w oparciu o które zostało wydane pełnomocnictwo DUF 0833/2010 dla Pani Iwony Wiśniewskiej (Załącznik Nr 2 do odwołania). Pełnomocnictwo Nr ZOP/273/2009 zostało podpisane przez dwóch członków Zarządu InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, a więc zgodnie z zasadami reprezentacji Towarzystwa, podanymi w Krajowym Rejestrze Sądowym, w myśl których Spółka może być reprezentowana przez Prezesa Zarządu samodzielnie, dwóch innych członków Zarządu działających łącznie, jednego członka Zarządu działającego łącznie w prokurentem, albo dwóch prokurentów działających łącznie (potwierdza to odpis z Krajowego Rejestru Sądowego według stanu na dzień 25.10.2010 r. stanowiący załącznik nr 3 do odwołania).

W przedmiotowym przypadku nie miała miejsca próba oraz nie zaistniała potrzeba niedozwolonej zmiany treści gwarancji po upływie terminu składania ofert; przeciwnie – treść gwarancji powinna być uznana za w pełni wystarczającą dla zabezpieczenia roszczeń (interesów) zamawiającego, przy uwzględnieniu brzmienia na dzień upływu terminu składania ofert.

2. Jak zauważono w orzecznictwie (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 21 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZA/0-481/05), definicja legalna wadium znajduje się w art. 70 § 4 Kc. Zgodnie z tym unormowaniem przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, a funkcja wadium polega głównie na zabezpieczeniu organizatora przetargu przez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta została wybrana.

W orzecznictwie dominuje pogląd, że jeżeli zamawiający nie wymaga konkretnej treści wadium to każde sformułowanie gwarancji zapłaty wadium będzie zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile tylko zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 21 kwietnia 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-739/05). Natomiast funkcją oświadczenia woli, będącego koniecznym składnikiem każdej czynności prawnej jest wywołanie skutku prawnego w postaci ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego; o wykreowaniu tego stosunku, jego zmianie lub zniesieniu decyduje więc podmiot prawa dokonujący czynności prawnej (por. uzasadnienie Wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 1995 r., III CRN 40/95, OSNC 3/96, poz. 43).

W postępowaniu wadium zostało skutecznie wniesione (czynność wystawienia, czyli udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej przez Towarzystwo Ubezpieczeń, wraz z czynnością jej złożenia wywołały skutek prawny, wymagany w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a tym samym zabezpiecza w sposób wystarczający interesy zamawiającego. Okoliczność wniesienia albo nie wniesienia wadium ma w systemie zamówień publicznych charakter alternatywy rozłącznej, czyli albo przyjmuje się, że wadium zostało wniesione albo przyjmuje się, że wadium nie zostało wniesione. Tym samym twierdzenie, że dokument, który ma pełnić funkcję wadium jest prawidłowy w zakresie skutków prawnych, jakie ma powodować jest równoznaczne z twierdzeniem, że wadium zostało wniesione. Jak podkreśla się w poglądach prezentowanych w orzecznictwie, konsekwencję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie wadium ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przewiduje wyłącznie dla braku jego wniesienia (wyrok KIO z 20 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 865/09, KIO/UZP 902/09). Zatem, w przedmiotowym przypadku nie było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

3. W orzecznictwie KIO prezentowane jest restrykcyjne podejście do błędów w treści gwarancji ubezpieczeniowych złożonych jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej podejście to odnosi się do zakresu zobowiązania zakładu ubezpieczeń (wyrok KIO z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 537/08), wadliwego oznaczenia zobowiązanego tj. wykonawcy (wyrok KIO z 29 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 69/09), warunków wypłaty z tytułu gwarancji, czy innych wymogów postawionych przez zamawiającego

(wyrok KIO z 13 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 271/09, KIO/UZP 276/09) nie zaś do wskazania w treści gwarancji osoby umocowanej do jej podpisania. W przedmiotowym przypadku, zakres gwarancji oraz warunki wypłaty z jej tytułu nie budzą zastrzeżeń, co do zgodności z wymaganiami zawartymi w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak również zastrzeżeń co do prawidłowości oznaczenia zobowiązanego (wykonawcy), tj. odwołującego. Tym samym istotne elementy gwarancji, warunkujące pełnienie przez nią funkcji wadium, zostały zweryfikowane pozytywnie, zaś wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło na skutek przypisania nadmiernego

znaczenia omyłce pisarskiej.

4. Ważność gwarancji ubezpieczeniowej mogła być przez zamawiającego zweryfikowana przez wymianę korespondencji z InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, gdyż kontakty zamawiającego z jakimkolwiek uczestnikiem obrotu, gospodarczego nie wymagają dla swej legalności istnienia przepisu, którego treść wyraźnie by na nie przyzwałała.

Ponadto osoba, która złożyła podpis na gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 02GG24/0002/10/0093 tj. Pani Iwona Wiśniewska pełni funkcję dyrektora, co wyraźnie wynikało z treści pieczętki przystawionej na dokumencie gwarancji, zatem nie jest osobą przypadkową, ani też osobą, która jest jedynie w jakichś sposób związana z Towarzystwem Ubezpieczeń. Zachodzi więc domniemanie umocowania do dokonywania czynności prawnych w imieniu Towarzystwa, w zakresie związanym z funkcjonowaniem II Oddziału w Warszawie, do którego w drodze analogii można stosować art. 97 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Na zasadzie analogii należy przyjąć, że – osoba zajmująca kierownicze stanowisko w oddziale Towarzystwa, a zwłaszcza zarządzająca (kierująca) tym Oddziałem jest umocowana do dokonywania czynności wystawiania w imieniu i na rachunek Towarzystwa gwarancji ubezpieczeniowych, jako że wystawianie tych gwarancji jest jedną z czynności zazwyczaj dokonywanych względem klientów Towarzystwa, korzystających z usług Oddziału. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie – w wyroku z 23 października 2001 r., sygn. akt I CKN 323/99, Sąd Najwyższy stwierdził, że fakt zatrudnienia pracownika na stanowisku, z którym wiąże się wystawianie faktur zawierających wezwanie płatników do zapłaty w określonym terminie jest równoznaczny z udzieleniem temu pracownikowi przez pracodawcę stałego pełnomocnictwa do dokonywania tych czynności. W wyroku z 14 maja 2002 r., sygn. akt CKN 1031/00, Sąd Najwyższy uznał, że w odniesieniu do banków nie należy ograniczać pojęcia »w lokalu przedsiębiorstwa« do tzw. sali operacyjnej i innych pomieszczeń, w których obsługiwani są klienci. Należy zauważyć, że tezy wyrażone w zaprezentowanych wyrokach, mogą i powinny mieć zastosowanie także w odniesieniu do osób zatrudnionych na stanowiskach kierowniczych oraz w odniesieniu do innych, aniżeli banki, podmiotów świadczących usługi finansowe, w tym do zakładów ubezpieczeń.

Uzyskanie przez zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania, dowodów, które jednoznacznie wskazują na ważność wadium (a

kóre były niemożliwe w trybach przewidzianych w art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 Pzp), można uznać za wystarczającą podstawę do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgodnie z art. 186 ust. 1 i 2 powołanej ustawy.

5. Wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z postępowania pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia czynności przez zamawiającego, oferta złożona przez odwołującego uznana byłaby za najkorzystniejszą. Również powtórzona musi być czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

6. Naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, polegało w szczególności na nieuzasadnionym wykluczeniu odwołującego z postępowania. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, także dla zamawiającego.

19.11.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

22.11.2010 r. (poniedziałek) zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

25.11.2010 r. wykonawca Euroinvest CDI Sp. z o.o. z siedzibą w **Bydgoszczy, ul. Gdańska 139, 85-022 Bydgoszcz** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 Pzp).

26.11.2010 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający – działając na podstawie art. 186 ust. Pzp – wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia tych warunków zostały szczegółowo określone w specyfikacji zatwierdzonej 15.10.2010 r. i zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego (www.mpips.gov.pl).

Zamawiający określił w pkt 9 specyfikacji wymóg wniesienia wadium, ustalając je na kwotę 5 000 zł, z obowiązkiem wniesienia przed upływem terminu składania ofert, w jednej lub kilku formach przewidzianych w ustawie. W przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej – dokument wadialny powinien być umieszczony w kopercie bez wpinania czy wszywania go do oferty, a kopia potwierdzona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem dołączona do oferty.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączona została Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG24/0002/0093 wystawiona przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group II Oddział Warszawa.

W ocenie zamawiającego, dokonanej w trakcie badania i oceny ofert, gwarancja ubezpieczeniowa, nie czyni zadość wymogom wniesienia wadium. Złożony z ofertą dokument nazwany gwarancją ubezpieczeniową nie dawał zamawiającemu żadnej pewności, że mógłby w przypadkach, o których mowa w ustawie, skutecznie dochodzić uprawnień z tytułu gwarancji.

W treści przedmiotowego dokumentu gwarant InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. wskazał, że jest reprezentowany na podstawie pełnomocnictwa nr DUF 0833/2010 z 27 sierpnia 2010 r. przez Pana Marka Piotrowskiego – Zastępcę Dyrektora II Oddziału InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie, zaś sam dokument został podpisany nieczytelnie pod pieczęcią: Dyrektor Iwona Wiśniewska.

Takim dokumentem złożonym w dacie składania ofert dysponował zamawiający i ten dokument ocenił. Zmiana, uzupełnianie dokumentu, wyjaśnianie treści z wystawcą gwarancji i jakiegokolwiek inne działania wyjaśniające, których brak podnosi odwołujący w odwołaniu, a które – w przekonaniu odwołującego – powinien podjąć zamawiający, należy w świetle ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych uznać za nieznaidujące podstaw prawnych, a wręcz za niedopuszczalne.

Dokument tego rodzaju nie jest jednym z dokumentów, o których mowa w art. 25 i 26 Pzp i zamawiający nie mógł żądać ani złożenia dokumentu ani wyjaśnień.

W ocenie zamawiającego, w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, przez wniesienie wadium należy rozumieć doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się ubezpieczyciela do wypłaty zamawiającemu – beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach, czego potwierdzeniem jest dokument gwarancji. Zamawiający musi mieć pewność, że stał się wierzycielem – beneficjentem gwarancji, co jest warunkiem skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, a także pozwoli mu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium (analogia do gwarancji bankowej, o której mowa w wyroku KIO/UZP 1569/09).

Wykonawca składając ofertę powinien dochować należytej staranności i przede wszystkim sam zadbać, aby składana z ofertą gwarancja nie zawierała w swojej treści pomyłek nazwanych przez odwołującego »oczywistymi«. Tak też tłumaczy to gwarant, o czym świadczą pisma załączone do odwołania. Nie mogą one jednakże na obecnym etapie postępowania niczego zmienić – fakt zaistniał niezależnie od tego kto dopuścił do pomyłki, nazwanej oczywistą ale nie podlegającej skorygowaniu niezwłocznie po złożeniu ofert ani w żadnym innym czasie. Sam gwarant w gwarancji wpisał sposób reprezentacji gwaranta na podstawie pełnomocnictwa, po czym gwarancja została podpisana przez zupełnie inną osobę, również spoza kręgu – wpisanych do powszechnie dostępnego Krajowego Rejestru Sądowego – osób i określonego tamże sposobu reprezentacji gwaranta.

Z przytoczonych wyżej względów zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, wykluczył odwołującego z postępowania, traktując przedstawienie wadliwej gwarancji wadialnej

jak jej niezłożenie, a co za tym idzie niewniesienie wadium, co w świetle art. 24 ust. 4 Pzp skutkuje uznaniem jego oferty za odrzuconą.

W kwestii uznania złożenia wadliwej gwarancji za brak wniesienia wadium i skutków tego rodzaju postępowania wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10 maja 2010 r.

(KIO/UZP 8/9/10, 820/10 i 833/10) – w sposób, który zamawiający zastosował w konkretnej sytuacji.

Odnosząc się do stanowiska i wywodów odwołującego dotyczących domniemania, że każdy dyrektor oddziału Towarzystwa Ubezpieczeń jest niejako z mocy prawa upoważniony tylko z tytułu zajmowania tego stanowiska do działania w imieniu spółki i zaciągania zobowiązań, z powołaniem się na stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące skuteczności wystawiania faktur (str. 6 uzasadnienia do odwołania), należy uznać je za chybione.

Czynności wystawiania faktur nie można porównać ze skutecznym udzieleniem gwarancji, która obliguje do określonego zachowania, tj. zapłaty kwoty na rzecz beneficjenta – zamawiającego – w okolicznościach określonych w dokumencie gwarancyjnym. Jak wynika z ogólnie dostępnych danych Krajowego Rejestru Sądowego sposób reprezentacji gwaranta określony został jednoznacznie i gwarancji nie podpisała osoba reprezentująca to Towarzystwo wykazana w KRS. Gwarant sam wskazał osobę upelnomocnioną, numer i datę wystawienia pełnomocnictwa, po czym gwarancję podpisała zupełnie inna osoba, co w ocenie zamawiającego w takim przypadku pozbawiało go jakichkolwiek szans na skuteczne dochodzenie ew. roszczeń z gwarancji. Pomyłka w gwarancji, na którą powołuje się odwołujący za udzielającym tej gwarancji, obciąża samego odwołującego i adresatem jego roszczeń w tym przypadku nie może być zamawiający, który – wobec braku wniesienia wadium – działał zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zachowując zasadę uczciwej konkurencji, nie zaś naruszając ją, co bezpodstawnie zarzuca odwołujący w treści odwołania.

Zasadność decyzji o wykluczeniu odwołującego potwierdza przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego EUROINWEST CDI Sp. z o. o. stwierdzając, że »wadium wniesione przez odwołującego zawiera wadę, (istotną pomyłkę) w związku z czym należy je traktować jako niewniesione w ogóle«.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Również skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jako dowody w sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp – przez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy ze względu na niewniesienie wadium, a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty przystępującego – został uznany za zasadny.

Zamawiający żądał w ust. 9.1 specyfikacji wniesienia wadium, a w ust. 9.2.2 pkt 4 specyfikacji dopuścił gwarancję ubezpieczeniową w zestawie form niepieniężnych w jakich to wadium może być wnoszone, zgodnie z art. 45 ust. 6 Pzp. Zamawiający nie ustanowił w specyfikacji dodatkowych, szczegółowych wymogów dotyczących wadium wnoszonego w formie niepieniężnej.

Odwołujący na str. 45 oferty zamieścił »Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG24/0002/0093« z 20 października 2010 r. wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA Vienna Insurance Group II Oddział w Warszawie. Jednak w ust. 1 gwarancji znajduje się stwierdzenie, że Towarzystwo Ubezpieczeniowe jest reprezentowane przez Pana Marka Piotrowskiego – Zastępcę Dyrektora II Oddziału, a dokument został podpisany przez Panią Iwonę Wiśniewską Dyrektora, co wynika z nieczytelnego podpisu i pieczętki.

Zamawiający uznał, że odwołujący wniósł wadium zawierające wadę prawną i dlatego traktował wadium jako niewniesione w ogóle oraz wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że dokument gwarancji wadialnej nie jest

wymieniony w art. 25 ust. 1 i w związku z tym nie można go uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Na tę czynność zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie podnosząc, że złożył właściwą gwarancję, na dowód czego odwołujący załączył w szczególności pismo Towarzystwa Ubezpieczeń z 17 listopada 2010 r., gdzie występuje stwierdzenie, że wskazana cyt. »Pomyłka nie ma wpływu na ważność gwarancji«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że orzecznictwo przytoczone przez zamawiającego i przystępującego nie odnoszą się do stanów faktycznych, jaki ma miejsce w konkretnym przypadku występującym w rozpoznawanej sprawie. Natomiast przywołanie przez zamawiającego podczas rozprawy wyroku sądu powszechnego nie zostało dokonane na tyle precyzyjnie, aby móc dotrzeć do pełnej treści orzeczenia i móc stwierdzić podobieństwo stanów faktycznych. W związku z brakiem skonkretyzowania wyroku sądu powszechnego, wyrok nie mógł być wzięty pod uwagę przez skład orzekający Izby.

Tym niemniej w rozpoznawanej sprawie *mutatis mutandis* pozostaje aktualne stwierdzenie z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2010 r., sygn. KIO 819/10, KIO 820/10 i KIO 833/10, cyt.: »Gwarancja bankowa jest umową pomiędzy bankiem – gwarantem, a beneficjentem gwarancji na podstawie której bank zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniędzy na rzecz beneficjenta, który zobowiązanie banku przyjmuje. [...] Samo złożenie podpisu przez bank pod dokumentem gwarancji i przyjęcie tego dokumentu przez beneficjenta oznacza, że bank nie może swojego oświadczenia cofnąć i jest nim związany, zaś gwarancja zaczyna obowiązywać na skutek zawarcia umowy pomiędzy bankiem, a beneficjentem gwarancji«.

Tylko w przypadku szczególnego żądania załączenia do gwarancji dokumentu, z którego wynika uprawnienie do reprezentowania wystawcy gwarancji zamawiający byłby uprawniony i zobowiązany do badania takiego dokumentu w ofercie. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający w całej specyfikacji, a szczególnie w ust. 9 specyfikacji, nie żądał załączenia specjalnych dokumentów czy zawarcia w gwarancji specjalnych treści, a również obowiązek załączenia takich dokumentów nie wynika z żadnych przepisów. Ponadto można stwierdzić, że podpisanie gwarancji przez inną osobę niż wymieniona w treści gwarancji nie powoduje nieważności gwarancji, jeżeli osoba podpisująca gwarancję jest uprawniona do reprezentowania podmiotu wystawiającego gwarancję. Zamawiający nie mając pewności co do takich upoważnień mógł w trakcie badania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może skorzystać z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp. Przepis ten brzmi: »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Wyjaśnienia w takim zakresie nie powodowałyby zmiany treści oferty ani nie stanowiłyby negocjacji co jest zakazane w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Przepis ten brzmi »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Skład orzekający Izby wskazuje, że w orzecznictwie i literaturze panuje pogląd, że zamawiający przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty powinien się upewnić (zażądać wyjaśnień) co do zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty, a w rozpoznawanej sprawie zamawiający tego zaniechał.

Jednak ze względu na złożenie udokumentowanych wyjaśnień przez odwołującego do kwestii budzących wątpliwości u zamawiającego Izba nie wskazuje na konieczność żądania dodatkowych wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp.

Z przytoczonych wyżej powodów żądanie odwołującego jest popierane przez skład orzekający Izby.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 599,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....