

<'... ,óu...c • c/

Sygn. akt IX Ga 109/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Boratyński (spr.)

Sędziowie: SO Beata Błotnik

SR del. do SO Leonarda Ignatowicz-Gładysz

Protokolant: stażysta Kinga Sobka
po rozpoznaniu w dniu 29 czerwca 2009 roku w Lublinie

na rozprawie sprawy

z odwołania wniesionego przez ECM Group Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie protestu z dnia 23 marca 2009 roku przy udziale konsorcjum firm: Mott MacDonald Limited z siedzibą w St Anne House w Anglii (lidera), Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu (partnera)

na skutek skargi członków konsorcjum: Mott MacDonalds Limited z siedzibą w St Anne House w Anglii i Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2009 roku

sygn. akt KIO/UZP 455/09

odrzuca skargę Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu;

II, oddala skargę Mott MacDonalds Limited z siedzibą w St Anne House w Anglii;

III. zasądza od skarżącego Mott MacDonalds Limited z siedzibą w St Anne House w Anglii na rzecz uczestnika postępowania ECM Group Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 617 zł (sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego.

dokumentów z błędami lub wadliwych pełnomocnictw, chyba że mimo ich złożenia oferta

zleceniodawcy podlega odrzuceniu lub konieczne stanie się unieważnienie postępowania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej interes zamawiającego został zabezpieczony poprzez wniesienie przez odwołującego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F 09010056 z dnia 16 lutego 2009r. wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie. Treść dokumentu gwarancji wskazuje bowiem enumeratywnie przypadki, w której gwarant będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji, kwoty 50 tysięcy złotych tj. odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie, a także w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.3 nie złoży dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść dokumentu gwarancji wzięła także pod uwagę załączone do protestu oświadczenie Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń z dnia 20 marca 2009r., które jedynie potwierdza dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą analizę prawidłowości przedstawionej gwarancji i zabezpieczenia interesów zamawiającego wynikające z art.46 ust.4a i 5 cyt. ustawy. Oświadczenie to potwierdza zobowiązanie gwaranta od chwili wystawienia gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium w przypadkach, w których zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, a więc zarówno sytuację określoną w przepisie art.46 ust.4a ustawy, jak i w ust.5 tego przepisu. Przepis art.46 ust.4a cyt. ustawy uprawnia zamawiającego do zatrzymania 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 nie leżących po jego stronie. W ust.5 tego przepisu ustawodawca przyznał zamawiającemu także prawo do zatrzymania 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art.87 ust.2 pkt 1 ustawy, gdyż przepis ten dotyczy obowiązku zamawiającego poprawiania w ofercie oczywistych omyłek pisarskich. Gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument załączony do oferty odwołującego na potwierdzenie wniesienia wadium w wymaganej przez zamawiającego formie, nie stanowi treści oferty i nie jest dopuszczalne w trybie art.87 ust.2 pkt 1 cyt. ustawy dokonywanie poprawek w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz.1655 z późn.zm.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie kosztów pełnomocnika w kwocie 2 400 zł. z uwagi na nie przedłożenie przez odwołującego rachunku do akt sprawy, zgodnie z par. 4 ust.1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 128 , poz. 886 ze zm).

Skargę na powyższe orzeczenie wniósł uczestnik postępowania konsorcjum firm : MacDonald Limited i Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Uczestnik postępowania zaskarżył to orzeczenie w całości i zarzucił mu:

- naruszenie postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a oraz art. 7 Prawo zamówień publicznych jak i naruszenie norm postępowania cywilnego w

szczególności poprzez nierozpoznanie istoty sprawy istoty sprawy a także orzeczenie z naruszeniem zasady swobodnej oceny zgromadzonych w postępowaniu dowodów poprzez dowolne przyjęcie, iż wprowadzenie do treści gwarancji bankowych złożonej przez wykonawcę jako wadium ograniczenia bezwarunkowości (skuteczności wobec zamawiającego) skorzystania z gwarancji jest irrelevantne prawnie i jako takie nie jest niezgodne z obowiązującym prawem. Ponadto zarzucił pominięcie przy orzekaniu postanowień art. 5 ustawy o finansach publicznych statuującego zasadę ostrożności w prowadzeniu spraw jednostki finansów publicznych (zamawiającego).

Skarżący wniósł o:

- 1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę ;
- 2) zasądzenie od wykonawcy kosztów postępowania skargowego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy w Lublinie rozpoznając skargę ustalił i zważył, co następuje:

Jak wynika z powyższego przedmiotowa skarga została wniesiona przez wszystkich członków konsorcjum, które ubiegało się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia i które w postępowaniu odwoławczym przystąpiło do tego postępowania po stronie zamawiającego . Potwierdził to zresztą przed Sądem Okręgowym pełnomocnik procesowy lidera konsorcjum na terminie rozprawy odwoławczej w dniu 18 czerwca 2009 r. Skarga została jednak podpisana przez jedną osobę - przez pracownika lidera konsorcjum, który jak wynikało z treści pełnomocnictwa dołączonego do skargi działał tylko i wyłącznie w imieniu lidera .Do skargi nie zostało natomiast dołączone pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum udzielone przez jego partnera tj. Zamojską Dyрекcję Inwestycji ZDI Spółkę z o. o. w Zamościu do reprezentowania go w postępowaniu przed Sądem Okręgowym wywołanym wniesieniem powyższej skargi . Postanowieniem z dnia 18 czerwca 2009 r. wezwano zatem pełnomocnika procesowego lidera konsorcjum do uzupełnienia braków skargi w tym zakresie pod rygorem jej odrzucenia w stosunku do partnera konsorcjum. W wykonaniu powyższego postanowienia złożono do akt pełnomocnictwo z dnia 16 lutego 2009 r. udzielone przez partnera konsorcjum, z którego treści w stosunku do lidera konsorcjum wynikało jedynie umocowanie dla lidera do bycia liderem konsorcjum, a nie wynikało natomiast z tej treści umocowanie dla lidera do działania w postępowaniu sądowym w imieniu wszystkich członków zawiązanego konsorcjum w tym także w imieniu udzielającego pełnomocnictwa partnera konsorcjum . Pełnomocnictwo do reprezentowania partnera w postępowaniu sądowym wywołanym wniesieniem skargi zostało natomiast udzielone w jego treści nie liderowi zgodnie z wezwaniem Sądu Okręgowego lecz pełnomocnikowi lidera - jej pracownikowi, który podpisał wniesioną skargę . Osoba ta o ile mogła być pełnomocnikiem lidera mając na względzie przepis art. 87 kpc, to już wymogów tych nie spełniała w przypadku pełnomocnictwa udzielonego jej przez partnera, bowiem nie była ona jego pracownikiem w myśli powyższego przepisu, a tym samym nie mogła ona reprezentować partnera na podstawie tylko i wyłącznie udzielonego przez niego pełnomocnictwa z dnia 16 lutego 2009 r. w postępowaniu sądowym . W określonym przez Sąd Okręgowy terminie skarga nie została natomiast podpisana przez osobę (osoby) reprezentujące partnera z mocy prawa.

Mając powyższe na względzie na podstawie przepisu art. 373 kpc w związku z przepisem art. 370 kpc oraz art. 197 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych skargę wniesioną przez partnera konsorcjum Sąd Okręgowy odrzucił wobec nieusunięcia w określonym terminie jej braków formalnych uniemożliwiających nadanie jej dalszego biegu i merytoryczne jej rozpoznanie.

Skarga uczestnika postępowania lidera konsorcjum, która powyższych braków formalnych już nie zawierała nie jest natomiast zasadna w zakresie, w jakim domaga się ona zmiany zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę.

W pierwszej kolejności należy odnieść się jednak do zarzutu nierozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą istoty sprawy oraz naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 kpc). Zarzut nierozpoznania istoty sprawy należy uznać za niezasadny. Nierozpoznanie istoty sprawy wystąpiłoby, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie orzekła o żądaniu będącym przedmiotem odwołania. Taka sytuacja w sprawie niniejszej nie miała natomiast w ogóle miejsca. W swym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o zgromadzone dowody rozpoznała odwołanie ECM Group Polska Sp. z o.o., nakazując unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazując powtórzenie czynności oceny i badania ofert. Zgodnie z treścią odwołania przedmiotem rozpoznania była zaś zasadność wykluczenia odwołującego z uwagi na treść dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej.

Przechodząc do rozpoznania kolejnych zarzutów skargi należy wskazać, że wyrażona w przepisie art. 233 kpc zasada swobodnej oceny dowodów w żadnym wypadku wprawdzie nie może oznaczać oceny dowolnej, naruszającej podstawowe zasady logiki i doświadczenia życiowego pomijającej dowody zgromadzone w danym postępowaniu, jednakże skuteczne podniesienie tego zarzutu wymaga wykazania, że określone fakty ustalone przez sąd (a w niniejszym przypadku przez Krajową Izbę Odwoławczą) nie wynikają z dowodów, na które on powołuje się, bądź że pozostają w sprzeczności z dowodami, które sąd w sposób sprzeczny z art. 233 § 1 kpc uznał za niewiarygodne, bądź że sąd oparł się na dowodach, które ocenił wadliwie za wiarygodne bądź przeprowadzonych w sposób nieprawidłowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2002 r., I CKN 132/01, LEX nr 53144). Przyjmuje się zatem, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNP 2000/17/655). Kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów grupuje się zatem następująco: 1/ doświadczenie życiowe, 2/ inne źródła wiedzy, 3/ poprawność logiczna i 4/ prawdopodobieństwo wersji. Na marginesie należy także wskazać, iż zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów nie opiera się na ilościowym porównaniu przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków lecz na odpowiadającemu zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym. Nadto poprawność rozumowania sądu (sędziego) powinna być możliwa do skontrolowania (vide orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 1967 r., I CR 58/67, PUG 1968, nr 1, s. 22). Zdaniem Sądu Okręgowego nie doszło tu w zakresie objętym zarzutem podniesionym w skardze (w tym jego uzasadnieniem) do przekroczenia przez Izbę granic swobodnej oceny dowodów w zakresie odnoszącym się do oceny udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej jako wadium w niniejszym postępowaniu. Izba dokonała bowiem w tym zakresie oceny wiarygodności i mocy dowodowej całego materiału dowodowego zgromadzonego w toczącym się przed nią postępowaniu odwoławczym według własnego przekonania oraz na podstawie jego wszechstronnego rozważenia (art. 233 §1 kpc). Skarżący w skardze nie podważył natomiast przesłanek tej oceny i nie wykazał, że jest ona rażąco wadliwa i oczywiście błędna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347). Z ustaleń Sądu Okręgowego jednoznacznie wynika, że uzasadnienie skargi w tym zakresie stanowi jedynie polemikę z prawidłowymi, poczynionymi przez Izbę ustaleniami i służy niewątpliwie wyłącznie narzuceniu własnego błędnego stanowiska co do warunków udzielonej gwarancji oraz zmierza do uzyskania satysfakcjonującego skarżącego rozstrzygnięcia. Zarzut obraży przepisu art. 233 § 1 kpc nie może nadto polegać jedynie na zaprezentowaniu własnych, korzystnych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego dokonanych na podstawie zgodnej z interesem skarżącego oceny materiału dowodowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Na marginesie należy tylko stwierdzić, iż jeżeli z materiału dowodowego sąd (w niniejszym przypadku Krajowa Izba Odwoławcza) wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dowodowego dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., sygn. akt II CKN 817/00, LEX nr 56906). Same nawet bardzo poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykracza ona poza granice określone w art. 233 § 1 kpc nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999/7-8/124).

Przedmiotowa skarga tak wymaganych zarzutów nie przedstawiła i nie wykazuje jak wskazano to już powyżej, aby ocena dowodów w powyższym zakresie oraz oparte na niej wnioski były dotknięte powyższymi uchybieniami. W przedmiotowej sprawie nie sposób doszukać się uchybienia ze strony Izby w tym zakresie. Reasumując należy zatem stwierdzić, że dokonała ona w sprawie w tej części prawidłowej oceny dowodów oraz na jej podstawie prawidłowych ustaleń w zakresie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia i należy je w całości podzielić. Zrzucając błędne ustalenia skarżący nie wykazał, aby ustalone przez Izbę fakty nie wynikały ze zgromadzonego materiału dowodowego, bądź zostały oparte na dowodach wadliwie uznanych za wiarygodne albo z faktów tych zostały wyciągnięte wadliwe wnioski. Jeszcze raz należy tu podkreślić, że nie jest zatem wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął to organ rozpatrujący sprawę wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena dokonana przez ten organ.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest także zasady zarzut naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 Nr 19 poz. 177), tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a oraz art. 7 ustawy.

Przepis art. 7 tej ustawy stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust.1). Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (ust.2). Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust.3). Z treści przepisu zawartego w

wadium nr 09010056 z dnia 16 lutego 2009r. wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zawierającego w swojej treści „że: „, niniejsza gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium wystawione stosownie do przepisów określonych w art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) i dotyczy przetargu na sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania”. Budowa obwodnicy m. Kraśnik w ciągu dróg krajowych nr 19 Suwałki - Rzeszów i nr 74 Kielce- Kraśnik”.

Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony zamawiającego (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, gwarant wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji za pośrednictwem banku. Najistotniejszymi elementami gwarancji ubezpieczeniowej są: określenie warunków świadczenia pieniężnego i złożenia przez ubezpieczyciela zobowiązania do spełnienia świadczenia pieniężnego, w przypadku zaistnienia określonych warunków. W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te zostały określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art.46 ust 4a i 46 ust.5 pkt 1-3 ustawy. Ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia sytuacji wykonawcy i wniesionego przez niego wadium przed wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. w toku postępowania i po dokonaniu tego wyboru. W zakresie instytucji zatrzymania wadium

odmienność tych sytuacji regulują dwie osobne jednostki redakcyjne: art. 46 ust.4a ustawy odnosi się do sytuacji przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś -art.46 ust.5 ustawy poprzez użycie przez ustawodawcę słów „wykonawca, którego oferta została wybrana „do sytuacji po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przepis art. 46 ust. 4 a powołanej ustawy stanowi, iż 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.

Natomiast zawarty w tym przepisie 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.

Oczywistym jest - co było zresztą już podnoszone w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Izłą - stwierdzenie, że nie ma wymogu ścisłego cytowania w tekście gwarancji wskazanych przepisów, określenie warunków może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających czy nawet w sposób ogólny poprzez wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych w ustawie. W treści gwarancji z dnia 16 lutego 2009r., dołączonej do oferty znajdował się natomiast zapis, z którego wynikało, że w związku z faktem iż zleceniodawca przystępujący do przetargu zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 50 000 PLN gwarant zobowiązuje się „nieodwołalnie, bezwarunkowo” do zapłaty powyższej kwoty wadium na pierwsze żądanie beneficjenta „w przypadku gdyby zleceniodawca **o ile jego oferta zostanie wybrana**, o czym zostanie poinformowany w okresie związania ofertą : „(...) d) w odpowiedzi na skierowane do Niego wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy nie złożył w określonym czasie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (...).

"tr Nie ulega wątpliwości, iż powyższy zapis może wydawać się na pierwszy rzut oka

jako faktycznie pozostawiający w sprzeczności z treścią przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustęp 4a nie przewiduje bowiem rzeczywiście warunku : „o ile jego oferta zostanie wybrana”, gdyż jak wskazano wyżej dotyczy on sytuacji zatrzymania wadium **przed wyborem** oferty najkorzystniejszej. Powyższy warunek powinien być zastrzeżony wyłącznie dla sytuacji przewidzianych w punktach a, b i c tekstu gwarancji, które odnoszą się do sytuacji przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy- zatrzymania wadium **po wyborze** oferty najkorzystniejszej.

Przed oceną czy ta sprzeczność w niniejszym przypadku faktycznie istnieje czy też nie należy tu jeszcze raz podkreślić, że treść gwarancji nie musi zawierać jak zasadnie to podnosi uczestnik postępowania określenia przesłanek możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego z wadium, ani też nie musi zawierać treści poszczególnych przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych (nie musi być powyższa treść podana w treści gwarancji - przepisana do niej). Nie oznacza to jednak, że treść gwarancji może zawierać postanowienia sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami tej ustawy w tym ograniczać prawa zamawiającego do zaspokojenia się z wadium, a taką sytuacją mamy do czynienia zdaniem skarżącego w niniejszym przypadku. Treść gwarancji w ocenie Sądu Okręgowego nie może także być w sposób zupełnie dowolny przeniesiona do treści gwarancji z bezwzględnie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Oznacza to zatem, że chociaż treść ta nie musi być określona precyzyjnie to jednocześnie nie może być ona także określona w sposób zupełnie dowolny pozostający w sprzeczności z duchem tych przepisów. W takim bowiem zakresie postanowienia ustawy nie wejdą w miejsce postanowień gwarancji sprzecznych z przepisami ustawą z mocy prawa, jeżeli to nie wynika

wprost z jej treści. Gwarant decyduje bowiem o tym na jakich warunkach udziela gwarancji, w jakich przypadkach jej beneficjent może się z niej zaspokoić. Gwarancja jest bowiem w danym przypadku przez gwaranta udzielana na warunkach wskazanych i określonych w gwarancji - w jej treści a nie na warunkach wynikających w tym względzie i wskazanych w ustawie.

W realiach niniejszej sprawy należy wskazać, że mimo mało precyzyjnych zapisów pierwotnego tekstu gwarancji dołączonego przez uczestnika postępowania, który był oceniany przez Izbę Odwoławczą, ocena ta została przeprowadzona w sposób prawidłowy. Izba zasadnie wbrew zarzutom skargi uznała, że udzielona gwarancja jako wniesiona przez oferenta wadium do postępowania przetargowego spełnia wymogi ustawowe i jej treść nie narusza przywołanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Do takiego wniosku prowadzi bowiem wykładnia logiczna i funkcjonalna zapisów zawartych w treści spornej gwarancji. Punkt d warunków zapłaty wadium przez gwaranta został wprawdzie ściśle powiązany w jej treści z punktami a, b i c odnoszącymi się do sytuacji, gdy oferta zleceniodawcy (oferenta) zostanie przyjęta w postępowaniu przetargowym, tego natomiast nie przewidują przepisy, na które powołano się powyżej, nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że wadium w mniejszym przypadku zostanie także wypłacone przez gwaranta zamawiającemu i to również w przypadku, gdy do wyboru oferenta jeszcze nie dojdzie, gdy wybór ten nie będzie jeszcze miał miejsca, a zaistnieje sytuacja określona właśnie w pkt d. Sytuacja taka jak to ją określono w tym punkcie nie jest bowiem w żadnym przypadku możliwa do zaistnienia po wyborze danej oferty, a jedynie przed takim wyborem, zaś oferta z takimi brakami może zostać co najwyżej wykluczona z postępowania przetargowego przez zamawiającego, a nie wybrana. Nie można bowiem sobie wyobrazić takiej sytuacji, by po wyborze oferty dany oferent mógł być wyzwany w trybie przewidzianym w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Taka sytuacja może mieć miejsce, jak to wskazano powyżej tylko i wyłącznie przed wyborem oferty,

12

a nie po jej wyborze. Nie jest zatem fizycznie możliwe, aby w takiej sytuacji jak z pkt d mogły zostać w ogóle spełnione przesłanki warunkujące wybór danej oferty. Gwarancja w sytuacji przewidzianej natomiast w pkt d przewiduje natomiast również wypłatę wadium, a więc wypłatę wadium gdy faktycznie nie nastąpił jeszcze wybór żadnej oferty przez zamawiającego mimo zapisu zawartego we wstępie o już dokonanym wyborze oferty. Powyższe zatem oznacza, że wystawca gwarancji - gwarant zobowiązał się wobec jej beneficjenta do jej wypłaty w razie ziszczenia się sytuacji szczegółowo określonej i opisanej przez jej wystawcę w spornym pkt d. Taka sytuacja opisana w pkt d jak wskazano powyżej, a co należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić nie może mieć miejsca natomiast w żadnym przypadku po wyborze oferty, a jedynie przed dokonaniem takiego wyboru przez zamawiającego. Tym samym skoro gwarant przewidział jej wypłacenie wobec spełnienia przesłanek określonych w tym zapisie gwarancji wskutek ziszczenia się okoliczności tam przewidzianych, tym samym nie istnieje żadne ryzyko dla zamawiającego, że gdy one faktycznie nastąpią, gdy się rzeczywiście ziszczą one, nie nastąpi wypłata udzielonej przez gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej tj. że granat będzie mógł się uchylić skutecznie na podstawie treści literalnej udzielonej gwarancji od przyjętego na siebie zobowiązania twierdząc, że w niniejszym przypadku nie doszło do wyboru oferty danego oferenta. Tak więc potwierdza to twierdzenia o tym, że sporny zapis zawarty w treści gwarancji jest to rzeczywiście oczywista pomyłka, którą nie będzie mieć żadnego wpływu na możliwość zaspokojenia się z wadium przez zamawiającego również w sytuacji przez wyborem najkorzystniejszej oferty, gdy tylko zostaną spełnione przesłanki określone w tym punkcie gwarancji. Tak więc w tej sytuacji nie doszło w ogóle do sytuacji, by pozycja zamawiającego mogła być uznana za zagrożoną w toku postępowania przetargowego. Niezasadnie podnosi zatem skarżący, a w ślad za nim zamawiający, iż tak sformułowana gwarancja nie zabezpieczała w sposób należyty interesów zamawiającego i nie gwarantowała mu możliwości dochodzenia przez niego zapłaty wadium na etapie poprzedzającym wybór oferty. W ocenie Sądu Okręgowego wskazanie warunków zaspokojenia się z gwarancji przez zamawiającego choć musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji, to w tym przypadku, w niniejszej sprawie chociaż taka wątpliwość wprawdzie już powstała po stronie zamawiającego to zdaniem Sądu Okręgowego nie jest ona w świetle powyższego w ogóle uzasadniona.

Należy tu także zaznaczyć, że gdyby pierwotny tekst gwarancji był precyzyjny, nie byłoby potrzeby sporządzania aneksu do tej gwarancji i składania przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe dodatkowych oświadczeń zawierających interpretację jej postanowień, ale

działania te i tak nie miały żadnego wpływu na treść i skuteczność pierwotnie wystawionego tekstu gwarancji ubezpieczeniowej. Miały one na celu tylko i wyłącznie ostateczne rozstrzygnięcie wątpliwości zamawiającego w tym względzie i potwierdziły tylko stanowisko zaprezentowane przez Izbę w zakresie interpretacji tekstu udzielonej spornej gwarancji.

Nadto na marginesie należy tylko podkreślić, że niedopuszczalne jest jakiekolwiek uzupełnianie tekstu gwarancji po upływie terminu do składania ofert. W niniejszym przypadku w ocenie Sądu Okręgowego nie było to jednakże nawet konieczne. Warto także dodać, że gdy zamawiający miał wątpliwości co do zapisów zawartych w wystawionej spornej gwarancji to stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 powołanej ustawy w toku badania i oceny ofert mógł żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących jej treści.

Sformułowania zawarte w tekście gwarancji nie mogły być natomiast uznane za oczywistą omyłkę pisarską która może być sprostowana w trybie powyższego przepisu poprzez złożenie dodatkowych oświadczeń po upływie terminu do składania ofert. Polskie Towarzystwo Ubezpieczeniowe jest wszak podmiotem profesjonalnie zajmującym się wydawaniem gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium i winno zdawać sobie sprawę z konsekwencji ewentualnego wprowadzenia błędnych zapisów do treści gwarancji. Ale w ocenie Sądu Okręgowego takie działania ze strony gwaranta w niniejszym przypadku nie były też ani potrzebne ani też niezbędne do oceny zgodności udzielonej gwarancji z przepisami powołanej powyżej ustawy.

Z tych względów i na podstawie 385 kpc w zw. z art. 198 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku.

Ponieważ uczestnik postępowania - odwołujący się - wygrał sprawę w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi, należało na podstawie art. 98 kpc i art. 108 kpc zasądzić na jego rzecz od skarżącego kwotę 617 zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego toczącego się przed Sądem Okręgowym.

Sygn. akt IX Ga 109/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2009 r. wydanym w sprawie KIO/ UZP 455/09 Krajowa Izba Odwoławcza:

- w pkt 1 uwzględniła odwołanie wniesione przez ECM Group Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i nakazała unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert;

- w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie i nakazała :

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł. z kwoty wpisu uiszczonego przez ECM Group Polska sp z o.o. z siedzibą w Warszawie ;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 874 zł. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i

Autostrad Oddział w Lublinie na rzecz ECM Group Polska sp. z o.o. stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł. z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ECM Group Polska sp. z o.o. s siedzibą w Warszawie .

W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano „że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania.” Budowa obwodnicy m. Kraśnik w ciągu dróg krajowych nr 19 Suwałki - Rzeszów i nr 74 Kielce - Kraśnik „, Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 9 stycznia 2009r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008 / S 5- 005800. Zamawiający pismem z dnia 16 marca 2009r. powiadomił wykonawcę ECM Group Polska sp. z o.o. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z powodu nie wniesienia prawidłowego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z art.46 ust.4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. , Nr 223 , poz. 1655 ze zm). W dniu 23 marca 2009r. wykonawca ECM Group Polska sp. z o.o. wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście zarzucił zamawiającemu

naruszenie art. 7 ust.1 oraz art.24 ust.2 pkt 4 oraz art.24 ust.4 ustawy. Protestujący zażądał unieważnienia czynności wykluczenia spółki ECM Group Polska sp. z o.o. z postępowania i unieważnienia czynności uznania oferty protestującego za odrzuconą, unieważnienia wyboru oferty konsorcjum : Mott MacDonald Limited (Lider) z siedzibą w Surrey CR9 2UL United Kingdom i Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji ZDI sp. z o.o. w Zamościu (partner) , dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty protestującego oraz wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu. W uzasadnieniu protestu podniósł, iż wystawiona przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. gwarancja zapłaty wadium jest bezwarunkowa i zabezpiecza interesy zamawiającego. Podniósł, iż w jego ocenie prawo zatrzymania wadium przez zamawiającego wynika z mocy prawa i nie jest konieczne zamieszczenie w treści dokumentu gwarancji przesłanek wymienionych w art.46 ust.5 ustawy. Powołał się na wyrok KIO z 20 marca 2007r. sygn. UZP/ ZO/O- 270/07, który potwierdza jego stanowisko oraz załączył pismo Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie potwierdzające, iż zamawiający ma prawo zatrzymać wadium w przypadku wskazanym także w przepisie art.46 ust.4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w dniu 31 marca 2009r. poinformował protestującego o rozstrzygnięciu protestu tj. o jego oddaleniu. W rozstrzygnięciu protestu wskazał na niedopuszczalność uzupełnienia treści dokumentu gwarancji po upływie terminu składania ofert, zaś przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie zapewnia ochrony zamawiającego w sytuacji niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku uchylania się przez wykonawcę od złożenia dokumentów i oświadczeń na żądanie. W dniu 9 kwietnia 2009r. wykonawca ECM Group Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa UZP i przekazał w tym dniu kopię odwołania zamawiającemu. W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt.4 oraz art.24 ust.4, art.87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. W odwołaniu zażądał unieważnienia czynności wykluczenia spółki ECM Group Polska sp. z o.o. i czynności uznania oferty protestującego za odrzuconą unieważnienia wyboru oferty konsorcjum : Mott MacDonald Limited i Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego oraz wyboru protestującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. W dniu 26.03.2009r. wykonawcy - konsorcjum firm: Mott MacDonald Limited oraz Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” sp. z o.o. wniosło przystąpienie do postępowania protestacyjnego, zaś w dniu 22.04.2009r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą odwołującego, w szczególności dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, postanowieniami ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron postępowania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

Zdaniem Izby odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r., nr 223 , poz.1655 z późn. zm.), gdyż w przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów wobec zamawiającego w zakresie bezzasadnego wykluczenia go z postępowania jego interes prawny mógłby doznać uszczerbku, gdyż złożona przez odwołującego oferta zawierała niższą cenę od oferty wybranej przez zamawiającego jako

W oferty najkorzystniejszej.

Bezsporne między stronami było przedstawienie przez odwołującego jako załącznika do oferty dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F 09010056 z dnia 16 lutego 2009r. wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie. Dokument ten stwierdza iż „niniejsza gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium wystawione stosownie do przepisów określonych w art.45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. , Nr 223, poz.1655 z późn.zm.)” i dotyczy przetargu na sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania „Budowa obwodnicy m. Kraśnik w ciągu dróg krajowych nr 19 Suwałki - Rzeszów i nr 74 Kielce-Kraśnik”. Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stwierdziła, iż zamawiający naruszył art.7 ust.1 oraz art.24 ust.2 pkt 4 ww, oraz art.24 ust.4 ustawy wykluczając z postępowania wykonawcę, który wniósł wadium w formie wskazanej w ustawie tj. w formie gwarancji ubezpieczeniowej, który to dokument zabezpiecza interesy zamawiającego. Z treści dokumentu gwarancji zdaniem Izby wynika, iż gwarant tj. Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo do zapłaty kwoty 50 tysięcy złotych na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji tj. zamawiającego, w przypadkach gdyby zleceniodawca tj. odwołujący - o ile jego oferta zostanie wybrana: odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Z treści dokumentu gwarancji wynika także zobowiązanie do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty w przypadku nie złożenia przez zleceniodawcę na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.3 oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy lub pełnomocnictw albo złożenia