

Sygn. akt: KIO 2756/12

**WYROK**  
z dnia 2 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2012 r. przez **Agencję Ochrony „K.....” Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Sosnowcu, 41-200 Sosnowiec, ul. Partyzantów 1,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony „K.....” Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agencję Ochrony „K.....” Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Sosnowcu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Ochronę osób i mienia w obiektach O/ZUS Sosnowiec i podległych Inspektoratach”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2012 r., nr 2012/S 203-334131.

W dniu 4 grudnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Agencja Ochrony „K.....” Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż z treści przedłożonej przez odwołującego Gwarancji bankowej nr 005/12/00062 z dnia 2 listopada 2012 r. wynika, iż wypłata zamawiającemu sumy gwarantowanej uzależniona jest od spełniania dodatkowych warunków. Zamawiający poza pisemnym oświadczeniem, że ziszczy się warunki zatrzymania wadium - określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp - ma dodatkowo złożyć dokumenty stwierdzające istnienie zobowiązania, nie precyzując jakie to są dokumenty i jakiego zobowiązania dotyczą. Ponadto Zleceniodawca, czyli Agencja Ochrony K....., w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty, złożonej przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ma potwierdzić, że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązań wynikających z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadność tego roszczenia. Z powyższego więc wynika, iż ten rodzaj gwarancji nie stanowi gwarancji wadialnej bezwarunkowej. Wniesione pierwotnie i w terminie wadium nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń zamawiającego.

W dniu 13 grudnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 14 grudnia 2012 r.) wobec czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Biura Ochrony „SCORPION Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Agencji Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
2. unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożona przez odwołującego gwarancja bankowa w pełni spełnia wymagania SIWZ (rozdział IX, pkt 3). Gwarancja ta nie nakłada żadnych warunków, od których uzależniona byłaby wypłata na rzecz zamawiającego. Elementy gwarancji bankowej, które zamawiający uznał za rzekome warunki dodatkowe, a wynika to wprost z treści gwarancji i jej celu, są jedynie określeniem jak bank ma się dowiedzieć o przesłankach wypłaty i jej wysokości. Elementy te są informacją jaką ma otrzymać bank, i na zamawiającego nie są nałożone jakiegokolwiek warunki, których spełnienie warunkuje wypłatę. Informacja zamieszczona w gwarancji ma jedynie charakter proceduralny w zakresie wypłaty, a nie charakter materialno prawny czyli zmierzający do ewentualnego podważenia zasadności roszczeń zamawiającego. Tym samym gwarancja przedłożona w niniejszym postępowaniu ma charakter bezwarunkowy, a bank w tej gwarancji oczekuje jedynie informacji o zaistnieniu zdarzenia objętego gwarancją i wysokości roszczenia.

W dniu 24 grudnia 2012 r. (pismem z dnia 19 grudnia 2012 r.) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Wadium”, pkt 3 zamieścił postanowienie „Z treści wadium wnoszonego w formach określonych w art. 45 ust. 6 pkt 2 – 5 PZP winno wynikać bezwarunkowe, nieodwołalne, na pierwsze pisemne żądanie zgłaszane 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 w załączeniu do oferty złożył Gwarancję Nr 005/12/00062 z dnia 12 listopada 2012 r. wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie, w treści której zawarto m.in. następujące zapisy „ (...) zobowiązujemy się niniejszym dokumentem nieodwołalnie i bezwarunkowo i niezależnie od ważności i skutków prawnych dokumentu stanowiącego podstawę Waszej wierzytelności do zapłacenia wymagalnych należności z tego tytułu oraz odsetek , prowizji i innych kosztów postępowania oraz w przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy o zamówieniach publicznych (...) na pierwsze Wasze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że (...) oraz po udokumentowaniu, że warunki wymienione w niniejszej gwarancji zostały spełnione, tj. po przedstawieniu następujących dokumentów:

- a) pisemnego oświadczenia wierzyciela o wysokości zadłużenia i dokumentów stwierdzających istnienie zobowiązania,

Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział Sosnowiec, ul. Partyzantów 1, 41-200 Sosnowiec, że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia. (...).”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Gwarancja bankowa, co jest niewątpliwe, to jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta) do świadczenia pieniężnego po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) wymaganych warunków zapłaty sumy podanej w wystawionym dokumencie (gwarancji) w przypadku, gdyby wykonawca określonego zobowiązania nie wykonał. Gwarancja bankowa stanowiąca wadium powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie. Gwarancja jest gwarancją bezwarunkową, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania, gdyż jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką właśnie wypłatę. Tymczasem w przedłożonej przez odwołującego gwarancji bankowej znajdują się zapisy, które podważają jej bezwarunkowość. Za takie – jak słusznie podniósł zamawiający - można uznać sformułowanie, iż „Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział

Sosnowiec, ul. Partyzantów 1, 41-200 Sosnowiec, że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia”. Stanowi ono bowiem dodatkowe wymaganie dla skutecznego pozyskania przez zamawiającego wadium, uzależniając jego wypłatę od potwierdzenia zasadności roszczenia przez wykonawcę (odwołującego). Kwestionowane zapisy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogą być więc uznane za mające jedynie charakter informacyjny. Są one bowiem ściśle związane z wypłatą kwoty na jaką opiewa gwarancja, warunkując ją. Potwierdzeniem dokonania wypłaty sumy gwarancyjnej ma być oświadczenie samego wykonawcy (w tym przypadku odwołującego), a nie fakt zaistnienia określonych, podanych w gwarancji okoliczności. Pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być bowiem uzależniona od stanowiska samego wykonawcy, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje zasadność dochodzonego roszczenia. Kwestionowany zapis stanowi więc dodatkowy warunek, który na gruncie postępowania o zamówienie publiczne nie powinien mieć miejsca.

Zamawiający ocenia bowiem prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, a załączonego do oferty złożonej przez wykonawcę. Wadliwy dokument (gwarancja) nie podlega więc uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż gwarancja nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Także wyjaśnienia złożone przez gwaranta po terminie składania ofert nie mogą sanować omyłkowej treści gwarancji bankowej, gdyż w ustawie Pzp brak jest podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień gwaranta za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Zamawiający powinien opierać się na treści samego dokumentu (dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium), w którym określono zakres odpowiedzialności gwaranta i jego warunki. Tak więc wyjaśnienia (Banku Spółdzielczego w Piasecznie) złożone po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia dla uznania prawidłowości wystawionej gwarancji, mimo stwierdzenia, iż „w treści wystawionej gwarancji znalazł się omyłkowy dodatkowy zapis nie mający wpływu na nasze zobowiązanie (...)”. Ocena prawidłowości złożonego wadium następuje bowiem wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut podniesiony przez odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....