

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez HAND - PROD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie od czynności Zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego HAND - PROD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), uiszczony przez HAND - PROD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę produktów leczniczych różnych*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, wynosi 6.063.489,28 PLN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 96-145157 w dniu 19 maja 2010r.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2010r., które doręczono Odwołującemu w dacie 10 sierpnia 2010r. faksem oraz 16 sierpnia 2010r. pisemnie Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o wykluczeniu Go z postępowania i odrzuceniu Jego oferty w zakresie pakietów nr 21, 23, 25, 29, 37, 56, 58. Podstawą wykluczenia Wykonawcy było niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. W dniu 20 sierpnia 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię, bez załącznika Zamawiającemu, na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. wykluczenie z postępowania Wykonawcy - spółki Hand - Prod Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo iż oferta Wykonawcy spełniała wymagania SIWZ, w szczególności co do należytego wniesienia wadium,
2. odrzucenie oferty Wykonawcy, mimo, iż oferta ta mogła wziąć udział w ocenie ofert, zaś w zakresie pakietu nr 21 oraz 58 z pewnością byłaby najkorzystniejsza w świetle kryterium ocen ofert,
3. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 21, 23, 25, 29, 37, 56, 58,
4. bezpodstawne pominięcie oferty Wykonawcy w czynności oceny ofert, jak również zaniechanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, 45 ust. 1 oraz ust. 3, art. 89 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania z powodu braku dostarczenia oryginału wadium,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonanie ponownej oceny ofert,

5. uwzględnienie oferty Wykonawcy w czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż składając ofertę Wykonawca miał pełną świadomość tego, iż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, jako wadium, kwestia złożenia oryginału gwarancji ma istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Jednakże w niniejszym postępowaniu interesy Zamawiającego zostały należycie zabezpieczone, gdyż został mu przekazany oryginał gwarancji wadialnej. Odwołujący powołał się na to, iż:

- zgodnie z zapisem punktu 16 SIWZ, Zamawiający żądał, by wadium wnoszone w formie pieniężnej, poręczenia bankowego lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia udzielanego 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. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.) zostało złożone w formie oryginału, który miał być dostarczyć do siedziby Zamawiającego (do sekretariatu) w kopercie nie później niż do dnia 24.06.2010 r. do godz. 10.00. Kopię w/w dokumentu należało załączyć do oferty (jako załącznik). Pismem Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2010 r. przedłużono termin składania ofert i wniesienia wadium do dnia 5 lipca 2010 r. do godz. 10.00. Wykonawca - Spółka Hand - Prod Sp. z o.o. wykonała ten obowiązek dostarczając do siedziby Zamawiającego wraz z ofertą oryginał ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium w dniu 2 lipca 2010 r. - dostarczył do siedziby Zamawiającego (na adres wskazany w SIWZ - tj. ul. Korczyńskiej 57, 38-400 Krosno, sekretariat) dwie osobne koperty: w jednej z nich była oferta Wykonawcy wraz z załączoną kserokopią ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, w drugiej kopercie znajdował się natomiast oryginał przedmiotowego dokumentu. Obie koperty zostały wysłane przez Wykonawcę wspólnym listem przewozowym.

- z siedziby Wykonawcy koperty zawierające ofertę i oryginał ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium odebrała firma Omega Logistics, która następnie zleciła wysłanie przesyłki firmie DHL. Zamawiający odebrał ofertę i oryginał wadium od firmy DHL (na liście przewozowym widnieje zapis, że zlecającym przesyłkę jest firma „H – P” - czyli „Hand – Prod” oraz że przesyłka zawiera także wadium), przy czym niewątpliwym dowodem, iż Zamawiający odebrał obie koperty zawierające ofertę i oryginał wadium w dniu 2 lipca 2010 r. jest złożony na liście przewozowym podpis pracownika sekretariatu Szpitala. Zdaniem odwołującego, jedną kopię listu przewozowego ma także u siebie Zamawiający - stąd może samodzielnie sprawdzić, iż potwierdzono otrzymanie paczki zawierającej kopertę z ofertą i kopertę z wadium.

Odwołujący, z ostrożności procesowej, wskazał na orzecznictwo - w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-426/07, stwierdzono, iż „załączona do oferty kopia

wadium wyczerpuje wymogi postawione w ustawie Pzp” oraz, że „istotą w tym przypadku jest powstały stosunek zobowiązaniowy, a nie forma dokumentu. Z gwarancji nie wynika, że wypłata wadium dla beneficjenta sumy gwarancyjnej uwarunkowana będzie okazaniem oryginału dokumentu”. Nadto, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIOP/UZP 1376/08, stwierdza się, że „załączenie kopii gwarancji do oferty, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania oraz – z ostrożności o jego oddalenie.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych różnych.

W pkt 16 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający żądał, by wadium wnoszone w innej formie niż pieniężna, to jest poręczenia bankowego lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia udzielanego 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. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.) zostało złożone w formie oryginału, który miał być dostarczony do siedziby Zamawiającego (do sekretariatu, pok. 275) w kopercie nie później niż do dnia 24 czerwca 2010 r. do godz. 10.00. z dopiskiem „NZ/215/39/2010 Dostawa produktów leczniczych różnych «WADIUM NR NZ/215/39/2010»». Kopię tego dokumentu należało także dołączyć do oferty jako jej załącznik. Pismem Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2010 r. przedłużono termin składania ofert i wniesienia wadium do dnia 5 lipca 2010 r. do godz. 10.00.

W toku przedmiotowego przetargu oferty w zakresie pakietów nr 21, 23, 25, 29, 37, 56, 58 złożył Odwołujący. Odwołujący dokonał wysyłki oferty oraz gwarancji ubezpieczeniowej w odrębnych kopertach, które nadał za pośrednictwem firmy Omega Logistic (dowód: zeznania świadka – kuriera firmy Omega Logistic; dowód nadania przesyłki z dnia 1 lipca 2010r. nr 333806). Koperty opatrzone opisem: „ilość szt. 2” oraz „AB FANY PRZETARG + WADIUM” zostały odebrane z siedziby Odwołującego przez kuriera i nadane dalej w dniu 1 lipca 2010r. za pośrednictwem firmy przewozowej DHL. Dla celów wysyłki w siedzibie podmiotu Omega

Logistic obie koperty spakowano w jedną większą – foliopak opisując przesyłkę w rubryce „Zleceniodawca/Uwagi”: „PRZETARG + VADIUM HP” (dowód: zeznania świadka – kuriera firmy Omega Logistic, list przewozowy DHL z dnia 1 lipca 2010r. nr 11306515074). W dniu 2 lipca 2010r. doręczono do Sekretariatu Zamawiającego przesyłkę. Zamawiający ujął w książce odebranych przesyłek jedynie otrzymanie oferty (dowód: wpis nr 5041 w książce podawczej Zamawiającego).

Pismem z dnia 10 sierpnia 2010 r. (otrzymanym przez Odwołującego faksem w dniu 10 sierpnia 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawców, iż w wyniku tak przeprowadzonego postępowania Zamawiający dokonał wyboru oferty firm: Pakiet nr 21 - Cefarm Rzeszów Sp. z o.o., Ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów; Pakiet nr 23, 25 i 29, 37, 56 - PGF URTICA Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław; Pakiet nr 58 - FARMACOL S.A., ul. Rzepakowa 2, 40-541 Katowice.

Odwołujący został zawiadomiony o wykluczeniu w zakresie pakietów nr 21, 23, 25, 29, 37, 56, 58 i odrzuceniu Jego oferty. Podstawą wykluczenia Wykonawcy było niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Zamawiający uznał, iż nie trafił do Niego oryginał gwarancji ubezpieczeniowej.

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,
skład orzekający zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 19 maja 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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. Nr 41, poz. 238) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, dziesięciodniowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Nie podzielono w powyższym zakresie stanowiska Zamawiającego co do istnienia podstawy do odrzucenia odwołania. Nie zachodziły w sprawie okoliczności skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z treścią § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie zawiera elementy wymienione w pkt 1 -10 tego przepisu, w tym wykaz załączników. W myśl natomiast § 4 ust. 2 powołanego rozporządzenia do odwołania dołącza się dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Z powyższych przepisów wynika, że odwołanie zawiera wykaz załączników, w związku z czym obowiązek przekazania kopii odwołania zamawiającemu dotyczy przynajmniej treści opisanej w § 4 ust. 1 rozporządzenia. Tym samym odrzuceniu podlega odwołanie, co którego odwołujący nie przekazał zamawiającemu kopii, zawierającej elementy wymienione w § 4 ust. 1 rozporządzenia. Tego skutku nie wywołuje natomiast niezłączenie do odwołania załącznika w postaci – tak jak w analizowanej sytuacji dowodu nadania przesyłki zawierającej wadium. Nie bez znaczenia w tym miejscu jest okoliczność, że wskazany załącznik może stanowić dowód, o którego przyprowadzenie może strona składać wniosek aż do wydania wyroku. Tym samym znaczenie tego dowodu dla uznania odwołania za wniesione lub nie, jak również uznania, że przekazano kopię tego odwołania pozostaje bez wpływu na powstanie podstawy dla odrzucenia odwołania.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania: w wypadku uwzględnienia odwołania mógłby starać się o wybór jego oferty jako najkorzystniejszej (z pewnością co najmniej w zakresie pakietu nr 21 oraz 58).

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

1. W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga brzmienie art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zaś jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż te kwoty, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych 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 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620).

Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego; zamawiający przechowuje je na rachunku bankowym.

W powołanych przepisach (art. 45 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 6, ust. 7 i 8, a także art. 46 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) mowa jest o *wniesieniu wadium*. Kategorię „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z innym pojęciem – tj. „*ustanowieniem*” wadium. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się wystawcy do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach w określonym okresie, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument

gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, co po pierwsze pozwoli zamawiającemu poznać wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co z kolei jest warunkiem *sine qua non* skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, po drugie zaś, co nie mniej istotne, pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium w dowolnym momencie prowadzonego postępowania. W świetle powyższego, samo tylko ustanowienie wadium, którego uznanie możliwe byłoby na podstawie tylko kserokopii gwarancji załączonej do oferty nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione. Biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, należało stwierdzić, że jedyną podstawą oceny, czy oferta Odwołującego została zabezpieczona wadium jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej w oryginale (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2010r. w sprawie o sygn. 1667/09).

Należy zatem odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Podkreślić należy, że Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach, niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie – fakt wniesienia wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę.

Spór niniejszej sprawy sprowadza się do kwestii, czy w wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminie, Odwołujący wniósł do Zamawiającego gwarancję ubezpieczeniową stanowiącą wadium. W tej mierze Zamawiający i Odwołujący prezentują odmienne stanowiska w zakresie stanu faktycznego sprawy, to jest wniesienia wskazanego dokumentu do Zamawiającego. Zamawiający podaje, że nie otrzymał wcale oryginału wskazanej gwarancji, że trafiła do niego jedynie przesyłka zawierająca ofertę (opatrzone – zgodnie z wymaganiem specyfikacji – kserokopią gwarancji ubezpieczeniowej), lecz nie otrzymał drugiej przesyłki, zawierającej oryginał wskazanej gwarancji.

Odwołujący wykazywał zaś, że nadał, tak jak wymagano tego w specyfikacji, dwie przesyłki: jedną kopertę zawierającą ofertę, oraz drugą - z oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający musiał otrzymać dwie koperty, tak jak je nadano, na potwierdzenie czego złożył dowód nadania przesyłki z dnia 1 lipca 2010r. nr

333806, zawierający opis, że nadano dwie koperty i że przesyłkę opisano jako „AB FANY PRZETARG + WADIUM”

Rozstrzygnięcie wskazanej kwestii wymagało przeanalizowania w pierwszym rzędzie ciężaru dowodu w zakresie wykazania faktu wniesienia wadium do Zamawiającego. Wykazanie to powinno dotyczyć faktu wniesienia wadium (co należy utożsamiać z trafieniem przesyłki do Zamawiającego) a nie nadania przesyłki je zawierającej, które to nadanie, szczególnie w okolicznościach ustalonego w sprawie dwuetapowego jej doręczenia przez dwa odrębne podmioty przewozowe nie wskazuje jeszcze, że przesyłkę dostarczono w takim kształcie jak ją nadano na adres przeznaczenia. Ma to szczególnie znaczenie na gruncie analizowanej sprawy, gdzie przyjęty sposób doręczenia przesyłek (oferty oraz listu zawierającego gwarancję ubezpieczeniową) był dwuetapowy – najpierw nadano przesyłkę poprzez kuriera firmy Omega Logistic, który przybył do biura Odwołującego i stamtąd zabrał dwie koperty (co potwierdza dowód nadania z dnia 1 lipca 2010r. nr 333806); następnie w biurze tego podmiotu nadano wskazane koperty za pośrednictwem firmy przewozowej DHL, wystawiając ponownie dokument związany z przewozem przesyłki, to jest list przewozowy z dnia 1 lipca 2010r. nr 11306515074. Oba dokumenty związane z przewozem różnią się opisem: pierwszy wskazuje na dwie koperty oraz zawartość „AB FANY PRZETARG + WADIUM”; drugi zaś mówi już o jednej przesyłce (PK: 1 oraz ilość Ex: 1) oraz w rubryce Zleceniodawca/Uwagi: „PRZETARG + WADIUM HP”.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ciężar udowodnienia twierdzeń wyznacza art. 6 Kc. Stosownie do treści tego przepisu, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Chodzi tu zatem o wykazanie prawdziwości twierdzenia zdolnego uzasadnić dane żądanie lub zarzut. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza. Ciężar ten spoczywa zatem na wykonawcy, składającym ofertę i dokonującym wyboru co do takiego lub innego sposobu zabezpieczenia swojej oferty, jako podmiocie posiadającym interes prawny w wykazaniu tej okoliczności. Dalej dostrzec należało, że wykazanie to powinno uwzględniać zorganizowany i profesjonalny charakter prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, przy czym „*Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności*” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt : ACa 1018/05 niepubl).

Ten profesjonalny charakter działalności winien przejawiać się nie tylko na etapie postępowania odwoławczego ale przede wszystkim wyrażać się wykazaniem należytej staranności w zakresie złożenia oferty jak i wniesienia zabezpieczającego ją wadium. Odwołujący dla wykazania, że wadium wniesiono musiałby wykazać, że do Zamawiającego wpłynęło wadium w terminie. Zgodzić się należy w tym miejscu z Odwołującym, że wykonawca nigdy nie będzie miał pewności, że przesyłka dotarła, czy też że nie została zagubiona przez Zamawiającego. Niemniej jednak wykonawca może na powyższą okoliczność zabezpieczyć się, przyjmując taki sposób doręczenia (a udokumentowania tego doręczenia), który uprawdopodobni złożenie oferty czy wniesienie wadium, a w każdym razie pozwoli domniemywać, że przedmiot doręczenia dotarł do jego adresata, zaś teza odmienna obciążać będzie Zamawiającego. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca będzie dysponował potwierdzeniem złożenia dokumentu lub pokwitowaniem odbioru przesyłki czy też będzie w posiadaniu takiego dokumentu nadania, z którego będzie wynikało że Zamawiającemu dostarczono przesyłkę w zakresie i kształcie w tym dokumencie nadania opisanym.

Na gruncie analizowanej sprawy Zamawiający stoi na stanowisku, że nie otrzymał wcale przesyłki zawierającej wadium. Przeprowadzone postępowanie wykazało, że Odwołujący nadał za pośrednictwem kuriera, który przybył do Jego biura przesyłkę stanowiącą dwie koperty: jedną z ofertą oraz drugą zawierającą gwarancję ubezpieczeniową. Taki wniosek wynika z opisu zamieszczonego na dowodzie nadania z dnia 1 lipca 2010r. nr 333806 a także zeznań świadka – kuriera odbierającego przesyłkę, przesłuchanego na powyższą okoliczność. Opis umieszczony na dowodzie nadania wskazywał na dwie koperty i „*AB FANY PRZETARG + WADIUM*”. Odwołujący jednak nie był w stanie wykazać, że ostatecznie obydwie koperty do Zamawiającego dotarły, jak również że w dalszym etapie przesyłki przewożono dalej dwie koperty. Z zeznań świadka przesłuchanego na powyższą okoliczność wynika, że sposób doręczenia zastosowany w analizowanej sprawie nie pozwala na stwierdzenie, że każda z kopert do Zamawiającego dotarła, w tym że wniesiono wadium. Wynika to z faktu, iż istotnie, nadano pierwotnie – w biurze Odwołującego za pośrednictwem kuriera dwie przesyłki (dwie odrębnie adresowane i opisane koperty), które jednak potem zostały spakowane w jedną większą kopertę – foliopak. Wniosek powyższy wynika z treści listu przewozowego DHL z dnia 1 lipca 2010r. nr 11306515074 oraz treści zeznań świadka kuriera odbierającego koperty z biura Odwołującego i nadającego przesyłkę dalej na adres Zamawiającego. Okoliczność, że na proces doręczenia złożyło się kilka czynności, że przesyłki były wtórnie zapakowane i opisane, a także że w proces doręczenia do adresata zaangażowanych było przynajmniej kilka osób, w tym dwie firmy przewozowe (Omega Logistic a

następnie DHL), a wreszcie że dowód nadania, na podstawie którego przewożono przesyłkę na ostatnim etapie doręczenia do Zamawiającego, to jest list przewozowy DHL nr 11306515074 nie zawiera opisu wskazującego na dwie koperty lub w inny sposób nie wskazuje na zawartość przesyłki, którą miałyby być także gwarancja ubezpieczeniowa, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy sporna koperta zawierająca wadium do Zamawiającego została złożona. Nie sposób powyższego ustalić na podstawie dokumentów towarzyszących procesowi przesyłki: o ile Odwołujący dysponuje takim dowodem co do złożenia dyspozycji wysyłki do Zamawiającego (dowodem nadania), to nie posiada już takiego dowodu w odniesieniu do tego, co ostatecznie doręczono Zamawiającemu, ani też co do tego, co zostało wysłane po zapakowaniu kopert w foliopak i opisanu ich listem przewozowym DHL nr 11306515074. Ma to o tyle znaczenie, że w toku doręczenia obu kopert, dokument w postaci nadania przesyłek dwóch kopert funkcjonował tylko w zakresie doręczenia ich do punktu przyjmowania przesyłek w Omega Logistic w Warszawie przy ul. Popularnej, następnie został przez pracownika tej firmy wystawiony kolejny dokument – list przewozowy DHL, nastąpiło zapakowanie przesyłki w zbiorczą kopertę (foliopak) oraz ponownie opisano jej przedmiot. Treść listu przewozowego, na podstawie którego doręczono przesyłkę (mającą zawierać obie koperty: z ofertą oraz z dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej) nie wskazuje natomiast, by dotyczył on dwóch przesyłek (kopert), co by pozwalało wnioskować, że na jego podstawie poza ofertą dostarczono Zamawiającemu jeszcze oryginał wadium. Przeciwnie – z jego treści zdaje się wynikać raczej wniosek, że na jego podstawie nadano tylko jedną przesyłkę. Z opisu dokonanego na liście przewozowym DHL dotyczącym spornej przesyłki także nie wynika, że nadano zarówno ofertę jak i oryginał gwarancji. Opis o treści „PRZETARG + VADIUM HP” nie dowodzi, że przesyłka zawiera dwie odrębne koperty zawierające ofertę oraz gwarancję. Nie sposób zakładać, że opis o takiej treści powinien nasuwać wniosek, że w przesyłce musiała być zarówno koperta z ofertą oraz druga zawierająca oryginał wadium: taki opis mógł równie dobrze wskazywać na to, że przedmiotem przesyłki jest oferta, do której załączono wymaganą kserokopię wadium. Dokument w postaci listu przewozowego DHL, na podstawie jego treści nie pozwala zatem przyjąć domniemania doręczenia obu pierwotnie nadanych kopert, w tym wniesienia wadium. Tym samym, w wyniku tak przyjętego sposobu doręczenia Odwołujący był w stanie wykazać jedynie przekazanie dwóch kopert – w tym tej zawierającej oryginał gwarancji ubezpieczeniowej na ręce kuriera firmy Omega Logistic do momentu trafienia ich do miejsca sortowania przesyłek w tej firmie i nadawania im dalszego biegu (co ma miejsce w jednostce Omega Logistic w Warszawie, przy ul. Popularnej – jak wyjaśnił świadek, pracownik tej firmy). Tylko zatem doręczenie do tego miejsca zostało

uprawdopodobnione przez Odwołującego. Nie sposób było także – wobec nieposiadania przez Zamawiającego koperty (foliopaku) dotyczącego spornej przesyłki ustalić, czy poza listem przewozowym DHL koperta zawierała jeszcze inny opis wskazujący na zawartość. Jednoznacznie negatywnie oceniając wskazaną praktykę Zamawiającego, polegającą na niezadbaniu o posiadanie pełnej dokumentacji, również tej, obejmującej dokumenty związane z doręczeniem dokumentów związanych z postępowaniem, jak koperty czy foliopaki, w których następowały doręczenia (przykładowo koperta, w której doręczono Zamawiającemu ofertę została obcięta całkowicie, w taki sposób że pozostawiono jedynie wierzchnią stronę zawierającą adresata i oznaczenie przetargu wraz z prezentatą Zamawiającego), dostrzec należało, iż nie zmienia to oceny, że Odwołujący nie dysponuje dowodem, z którego by wynikało wysłanie do Zamawiającego dwóch kopert, w tym również tej zawierającej wadium.

Z tych też powodów nie uwzględniono wniosków dowodowych o przesłuchanie świadków na okoliczność doręczenia przesyłki do Zamawiającego w osobach pracownicy Odwołującego, która nadawała przesyłkę do Omega Logistic – z uwagi na to, że nie było w sprawie sporne czy nadano dwie koperty, nadto okoliczność tę zgodnie z wnioskiem Odwołującego wykazało przesłuchanie w charakterze świadka osoby odbierającej przesyłkę; pracownika firmy przewozowej DHL doręczającego przesyłkę na dalszym etapie do Zamawiającego a także pracownicy kancelarii Zamawiającego, która odebrała przesyłkę. Przy sposobie tego doręczenia jaki miał miejsce w analizowanym przypadku a także opisie przesyłki dokonany przez Odwołującego (jego pracowników) na dowodzie nadania w Omega Logistic a następnie w oparciu o te uwagi opisu dokonany na liście przewozowym przez pracowników firmy przewozowej, dowody te nie nadawały się do wykazania okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, to jest faktu wniesienia gwarancji do Zamawiającego. Dowody te – przeprowadzone w sposób pozytywny i zgodny z wnioskiem Odwołującego mogłyby co najwyżej wywołać wątpliwość co do tego, czy doręczenie miało miejsce, nie pozwoliłyby jednak – przy braku podstawowego uprawdopodobnienia w postaci posiadania pokwitowania lub dowodu doręczenia przesyłki tytułowanej jako wniesienie wadium uznać powyższej okoliczności za udowodnioną.

2. Należało dalej uznać, że załączona do oferty kserokopia gwarancji ubezpieczeniowej nie może stanowić podstawy do uznania, że wniesiono wadium.

Odnosząc się do ustalenia sposobów wnoszenia wadium w najczęściej składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego formach, tj. w formie pieniądza i gwarancji (bankowych, ubezpieczeniowych), uznać należy, że w przypadku wadium w pieniądzu jest ono

skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert nastąpi uznanie kwoty wadium na wskazanym przez Zamawiającego rachunku. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert Zamawiający otrzyma stosowny dokument, a zatem w chwili fizycznego wejścia przez Zamawiającego w posiadanie takiego dokumentu, a z jego treści wynikać będzie termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą. Wadium w pieniądzu jest ze swej istoty, poprzez dobrowolną wpłatę określonej kwoty pieniężnej na wskazany przez Zamawiającego rachunek bankowy przed upływem terminu składania ofert, zobowiązaniem wykonawcy do zrzeczenia się tej kwoty na rzecz zamawiającego, w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych. W przypadku wadium wnoszonego w innej formie, np. w formie gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej koniecznym jest wyrażenie wprost w treści dokumentu ustanawiającego wadium oświadczenia o zobowiązaniu wypłaty na rzecz zamawiającego określonej kwoty pieniężnej w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że dla skuteczności wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenie żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielenie gwarancji), a w przypadku gwarancji dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego Zamawiającemu. Zachowanie tych wymagań gwarantuje zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Nie można wykluczyć sytuacji, iż Zamawiający będzie mógł skorzystać (tzn. zaspokoić żądanie wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku z zatrzymaniem wadium) z ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej złożonej w kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem – pod warunkiem, że taka gwarancja została przez to Towarzystwo rzeczywiście wystawiona i że co innego nie wynika z treści umowy o gwarancję bądź z ogólnych warunków ubezpieczenia. W postępowaniu, w którym złożono odwołanie, Odwołujący przedłożył załączył do oferty kopię gwarancji potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w której treści postanowiono, iż gwarancja wygasa po upływie jej ważności a także między innymi „z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności” (pkt 6 ppkt 1) gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA w Warszawie. Zatem, jeżeli Zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła na skutek „zwrotu gwarancji”, o którym mowa w powołanym pkt 6 ppkt 1) tej gwarancji, przy czym nie może być kwestionowane, że za „zwrot gwarancji” uważa się przekazanie oryginału gwarancji wystawcy gwarancji. Teoretycznie zatem jest możliwość skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji ubezpieczeniowej, którą nie dysponuje w oryginale

o tyle, o ile wykonawca nie zwrócił jej do ubezpieczyciela. Taka sytuacja, jakkolwiek hipotetyczna, jednak jest możliwa, w konsekwencji czego, wobec brzmienia postanowienia zawartego w pkt 6 ppkt 1) tej gwarancji, Zamawiający nie ma pewności, czy wadium zostało wniesione. Pewność tę zyskałby wyłącznie wówczas, gdyby przekazano mu oryginał gwarancji, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, przy czym tego dokumentu, nie można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Reasumując, możliwość złożenia gwarancji ubezpieczeniowej w kopii nie może być rozpatrywana w oderwaniu od jej treści. W niniejszej sprawie o niemożności udokumentowania wniesienia wadium poprzez złożenie gwarancji ubezpieczeniowej w kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem zadecydowało brzmienie gwarancji w pkt. 6 ppkt 1) gwarancji. Przemawiało to za uznaniem, że kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia. W rezultacie należy uznać, że Odwołujący nie wniósł wadium. (tak też: wyrok KIO z 5 lutego 2009 113/09, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2010r. w sprawie o sygn. 959/10).

Wnioskowi powyższemu nie przeczy złożenie przez Odwołującego pisma wystawionego przez InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń SA w Warszawie z dnia 24 sierpnia 2010r., na podstawie którego wystawca gwarancji informuje, że w razie niemożności przedstawienia przez beneficjenta gwarancji jej oryginału (np. skutek zagubienia) wystawca w przypadku złożenia przez beneficjenta kopii gwarancji uzna jej ważność tak jak oryginału pod warunkiem, że gwarancję rzeczywiście wystawiono i przy spełnieniu wszystkich pozostałych wymogów wynikających z treści gwarancji. Pismo to nie zastępuje bowiem gwarancji, zaś przy jej jednoznacznym brzmieniu w pkt 6 ppkt 1) należało przyznać mu walor jedynie intencyjny i warunkowy, skoro w jego treści zamieszczono uzależnienie jej realizacji od spełnienia warunków zawartych w jej treści.

Tym samym należało uznać, że w analizowanej sprawie nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, 45 ust. 1 oraz ust. 3, art. 89 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr

41 poz. 238). Zamawiający złożył wykaz wydatków zatytułowany „Rachunek kosztów” dla Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie na łączną kwotę 4.158,06 zł, obejmujący wydatki: wynagrodzenie pełnomocnika – w kwocie 3.600 zł; koszty podróży samochodem w obie strony – na kwotę 585,06 zł (obliczone przy przyjęciu 700 km i stawce za 1 km 0,8358 zł). Zasadzono jedynie równowartość wpisu uiszczanego od odwołania. Pozostałe wydatki nie mogły zostać uwzględnione z następujących powodów: ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*) nie przyjął, wzorem kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02) zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia (spisu kosztów) wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (tekst jedn. DZ. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.) oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.), w świetle których złożony wykaz wydatków nie może być uznany za rachunek. Złożony przez Zamawiającego dokument tytułowany „Rachunek kosztów” – wprost zresztą określony przez Zamawiającego w momencie jego składania na rozprawie jako „*spis kosztów*” nie stanowi rachunku w rozumieniu wskazanych przepisów. Skoro taki rachunek nie został złożony, wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone, nie jest także możliwe uzupełnienie wskazanego rachunku po zamknięciu rozprawy i wydaniu wyroku. Udokumentowanie poniesienia kosztów przejazdu, zgodnie z wymaganiem powołanych wyżej przepisów – rachunkiem wymagałoby przedłożenia do akt rachunku dotyczącego poniesienia kosztów biletów, ewentualnie, w wyniku odpowiedniego stosowania przepisów *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju* (Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.) a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy* (Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.), dopuszczalne byłoby przyjęcie kosztów przejazdu jako iloczynu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika, ale dopiero przy istnieniu umowy między pracodawcą a osobą delegowaną. Koszty podróży

samochodem wykazane w wysokości wynikającej ze wskazanych przepisów, przy przyjęciu stawki kilometrowej oraz współczynnika właściwego dla pojazdów o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm³ (0,8358 zł) nie mogły zostać uwzględnione. Uznając co do zasady możliwość uznania za właściwe wykazania wysokości tych wydatków w oparciu o wskazane przepisy, uznano że zasądzenie wymienionych kwot w takim wypadku wymagałoby przedłożenia dokumentu odpowiadającego umowie i rachunkowi, o którym mowa w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*, to jest delegacji na podstawie której nastąpiłoby udokumentowanie tego wydatku (tak też: wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010r. w spr. o sygn. 1369/10, wyrok KIO z dnia 21 lipca 2010r. w sprawie o sygn. 1466/10).

Końcowo dostrzec należało, że złożony przez Zamawiającego w dniu 7 września 2010r. to jest po zamknięciu rozprawy (3 wrzesień 2010r.) wniosek o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu tytułowany jako „Rachunek Nr 001” także nie spełnia definicji rachunku, nadto wprost w jego treści wskazano, że stanowi on wniosek o zasądzenie wskazanych kosztów (cyt.: „ (...) *wnoszę o zasądzenie od Odwołującego (...) zwrotu kosztów postępowania (...)*”). Zgodnie z treścią § 28 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, do czasu zamknięcia rozprawy strona, wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania.

Przewodniczący: