

Sygn. akt: KIO/UZP 959/10

**WYROK**  
**z dnia 10 czerwca 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Ewa Rzońca**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 20 maja 2010 r. wniesionego przez **Ever Grupa Sp. z o.o., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szkoła Główna Handlowa, 02-554 Warszawa, al. Niepodległości 162,**

przy udziale wykonawcy **Ekotrade Sp. z o.o., 00-850 Warszawa, ul. Prosta 2/14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert uwzględniając wskazania opisane w uzasadnieniu wyroku;**

**2. kosztami postępowania obciąża Szkoła Główna Handlowa, 02-554 Warszawa, al. Niepodległości 162 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Ever Grupa Sp. z o.o., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Szkoła Główna Handlowa, 02-554 Warszawa, al. Niepodległości 162** na rzecz **Ever Grupa Sp. z o.o., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) 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

### do wyroku z dnia 10 czerwca 2010 roku

Szkoła Główna Handlowa, 02-554 Warszawa, al. Niepodległości 162, zwana dalej „Zamawiającym” lub „SGH”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp", na ochronę obiektów SGH w Warszawie wraz z czynnościami portierskimi i pełnieniem funkcji „pedli”, stały monitoring wraz z patrolami interwencyjnymi w wyznaczonych obiektach Uczelni, prowadzenia szatni oraz punktów wydawania kluczy i sprzętu TV/AV, wykonanie czynności związanych z prowadzeniem parkingu podziemnego w budynku C.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 16 marca 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 maja 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, która wybrano ofertę firmy EKOTRADE Sp. z o. o., 00-850 Warszawa, ul. Prosta 2/14, zwany dalej „EKOTRADE” lub „Przystępującym”.

W dniu 20 maja 2010 roku Ever Grupa Sp. z o.o., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39, zwana dalej „Ever Grupa” lub „Odwołującym”, złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy - EKOTRADE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - gdyż nie wniósł należycie wadium,
2. zaniechania odrzucenia oferty EKOTRADE, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
3. wadliwej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wybór oferty EKOTRADE — pomimo iż podlegała ona odrzuceniu,
4. bezpodstawnego zaniechania wyboru oferty EVER GRUPA, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący żądał:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty EKOTRADE jako najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, tj. wykluczenia wykonawcy EKOTRADE z postępowania, z powodu braku złożenia wadium w wymaganej formie,
3. odrzucenia oferty EKOTRADE,
4. dokonania ponownie czynności oceny ofert,
5. wyboru oferty EVER GRUPA jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podnosił między innymi:

„(...) W pierwszej kolejności Spółka pragnie wskazać, iż podstawowym zarzutem, który może być postawiony ofercie firmy EKOTRADE Sp. z o.o., jest brak złożenia przez tę firmę oryginału gwarancji ubezpieczeniowej - wadium, pomimo wyraźnego wymogu SIWZ. Warto tu zaznaczyć, iż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, jako wadium, kwestia złożenia oryginału gwarancji ma istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego — bez oryginału gwarancji ograniczone lub wręcz wykluczone są możliwości dochodzenia przez Zamawiającego wypłaty sumy gwarancji przez zakład ubezpieczeń (...) Wskazania wymaga, iż w niniejszej sprawie Zamawiający w pkt. VIII ust. 4 SIWZ żądał, by wadium wnoszone w formie 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 w budynku głównym SGH pok. nr 419. Więcej, zgodnie z pkt. VIII ust. 7 i ust. 8 SIWZ, wadium musiało być wniesione nie później niż w terminie do dnia 21.04.2010 r. do godziny 10:00., a wykonawca, który nie wniósłby wadium na zasadach określonych w SIWZ powinien być zostać wykluczony z postępowania. (...) Nadto, w myśl pkt. V ust. 18 SIWZ, brak było możliwości złożenia kopii wadium poświadczonej za zgodność z oryginałem, gdyż taki dokument powinien być zostać złożony w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Tym samym, SIWZ statuował obowiązek wykonawców do dostarczenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, najpóźniej w dniu 21 kwietnia 2010 r. Jak wskazywano powyżej oferta EKOTRADE Sp. z o.o. w Warszawie nie była zaopatrzona w oryginał dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wadium. Taki dokument przez EKOTRADE Sp. z o.o. złożony nie został. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. (...) Wobec jednoznacznej treści przywołanego zapisu, nie wniesienie wadium stanowi przesłankę, której „zaistnienie skutkować musi wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu zgodnie z

literalnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP. (...) W niniejszym postępowaniu Zamawiający, wobec braku złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, przez okres całego postępowania nie znalazł się w posiadaniu tego dokumentu. Tym samym uznać należy, iż EKOTRADE Sp. z o.o. nie wniosło w przedmiotowym postępowaniu wadium. Powyższe winno skutkować - na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP - wykluczeniem tego wykonawcy. Dokonując wyboru oferty EKOTRADE Sp. z o.o. w Warszawie Zamawiający naruszył wskazany przepis, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania tego wykonawcy (...)."

W dniu 25 maja 2010 roku do toczącego się postępowania odwoławczego, w wyniku wniesienia odwołania przez Ever Grupa, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – EKOTRADE, żądając oddalenia przedmiotowego odwołania.

W uzasadnieniu Przystępujący podnosił między innymi:

„EKOTRADE Sp. z o.o. przystępując do niniejszego przetargu posiadała i nadal posiada ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG09/0013/10/0029 wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA, spełniającą wymagania Zamawiającego. Oryginał gwarancji składany był w oddzielnej kopercie i w innym pomieszczeniu Zamawiającego. W wyniku niedopatrzenia osób przygotowujących przetarg została złożona pusta koperta, w której powinien znajdować się oryginał gwarancji. Zdarzenie to było przypadkowe a nie celowe. (...). W rzeczywistości EKOTRADE Sp. z o.o. dostarczyła Zamawiającemu oryginał gwarancji ubezpieczeniowej wraz z pismem Towarzystwa Ubezpieczeniowego InterRisk stwierdzającym, że w przypadku złożenia przez klienta kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, uznaje ważność takiej gwarancji, tak samo jakby był to oryginał, pod warunkiem, że taka gwarancja została przez to Towarzystwo rzeczywiście wystawiona oraz że, żądanie zapłaty złożone na podstawie takiej kopii gwarancji jest jak najbardziej wiążące. Zamawiający, pismem nr DZP-361-6-266/10 z dnia 07.05.2010 r. zwrócił oba dokumenty, powołując się na „ustawę Pzp”, która nie przewiduje uzupełniania dokumentów potwierdzających wniesienie wadium. (...).”

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Zamawiający w rozdziale VIII pkt. 4 i 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca złożył w formie oryginału wadium wnoszone w formie gwarancji

ubezpieczeniowej. Wadium miało być wniesione przed terminem składania ofert, tj. nie później niż do dnia 21.04.2010 r. do godz. 10.00.

W notatce służbowej z dnia 6 maja 2010 r. podpisanej przez Komisję przetargową podano m. in. „Komisja stwierdziła brak oryginału dokumentu potwierdzającego wpłatę wadium. Koperta była pusta. Natomiast w ofercie firmy „EKOTRADE” stwierdzono obecność kopii Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 2GG09/013/10/0029 z dnia 16.04.2010 r.”.

W ofercie EKOTRADE (str. 260) znajduje się kopia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 2GG09/013/10/0029 z dnia 16.04.2010 r. w której w pkt. 6. podano: „Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w następujących przypadkach:

1. z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności,
2. przez zwolnienie InterRisk S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji z zobowiązania wynikającego z gwarancji,
3. po wypłacie przez InterRisk S.A. Vienna Insurance Group pełnej kwoty gwarancji”.

W dokumentacji postępowania znajduje się pismo InterRisk S.A. Vienna Insurance Group z dnia 21 kwietnia 2010 r. adresowane do EKOTRADE, w którym podano, że InterRisk S.A. Vienna Insurance Group S.A. w przypadku złożenia przez klienta kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, uzna ważność takiej gwarancji tak samo jakby był to oryginał, pod warunkiem, że taka gwarancja została rzeczywiście przez Towarzystwo wystawiona. Żądanie zapłaty złożone na podstawie takiej kopii gwarancji jest wiążące, pod warunkiem spełnienia wszystkich pozostałych wymogów wynikających z treści gwarancji.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w wypadku uwzględnienia odwołania mógłby starać się o wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w świetle całokształtu okoliczności sprawy. Zarzuty Odwołującego dotyczące: zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy EKOTRADE w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty oraz wadliwej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, potwierdziły się.

Izba stwierdziła, 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 złożenia 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.

Wobec powyższych okoliczności, Izba potwierdziła, że Odwołujący nie wniósł wadium. Izba wskazuje, iż należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Podkreślić należy, że Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione w 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 formach niepieniężnych fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów.

Skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego, iż dla oceny, czy wadium zostało wniesione prawidłowo, nie mają znaczenia postanowienia rozdziału V pkt. 18 oraz rozdziału VIII pkt. 4 SIWZ, odnoszące się do formy gwarancji wadialnej – określające iż gwarancja ubezpieczeniowa winna być złożona w oryginale przed terminem składnia ofert. Postanowienia SIWZ w tym względzie nie mają znaczenia dla oceny, czy wadium zostało skutecznie wniesione.

Zdaniem Izby, nie można wykluczyć sytuacji, iż zgodnie z informacją zawartą w piśmie InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. z dnia z dnia 21.04.2010 roku, 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 kopię gwarancji potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w której treści postanowiono, iż wygasa ona m. in. „z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności”. Zatem, jeżeli Zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła na skutek „zwrotu gwarancji” (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 (zgodnie z pismem Towarzystwa Ubezpieczeniowego z dnia 21.04.2010 r.) ale tylko o tyle, o ile Przystępujący nie zwrócił jej do ubezpieczyciela. Taka sytuacja jest hipotetyczna, jednak zaistnienie jej jest możliwe, w konsekwencji czego, wobec postanowienia zawartego w pkt 6 ppkt 1 gwarancji, Zamawiający nie ma pewności, czy wadium zostało wniesione. Pewność tą zyskałby wyłącznie wówczas, gdyby przekazano mu oryginał gwarancji, lecz tego dokumentu, jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie, 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. W ocenie składu orzekającego Izby przemawia to za tym, 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.



Tym samym, zdaniem Izby, doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez nie wykluczenie EKOTRADE z przedmiotowego postępowania. Takie zachowanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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).

**Przewodniczący:**

.....