

Sygn. akt: KIO/UZP 1179/08

WYROK
z dnia 4 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Stanisław Sadowy

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Toruńskie Zakłady Graficzne Zapolex Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4 87-100 Toruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**, protestu z dnia 30 września 2008 r.

przy udziale **Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica**, adres do korespondencji: **Biuro Handlowe ul. Bzowa 12, 02-708 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Toruńskie Zakłady Graficzne Zapolex Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4 87-100 Toruń i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Toruńskie Zakłady Graficzne Zapolex Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4 87-100 Toruń;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów pełnomocnictwa;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Toruńskie Zakłady Graficzne Zapolex Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4 87-100 Toruń.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie i dystrybucję formularzy i broszur informacyjnych związanych z rozliczeniem rocznym podatników podatku dochodowego za 2008 r.”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Toruńskie Zakłady Graficzne Zapolex Sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 13 sierpnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 156 - 210669). Postępowanie to prowadzi Ministerstwo Finansów, zwane dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”.

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty firmy Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu w piśmie z dnia 26 września 2008 r. (doręczenie pisma w tej samej dacie drogą faksową). Czynność tę Odwołujący zaskarżył protestem zawartym w piśmie z dnia 30 września 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samej dacie), wskazując na naruszenie przez Zamawiającemu przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty nieodpowiadającej treści SIWZ i niezabezpieczonej wadium;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Samindruk Sp. z o.o. z postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Samindruk Sp. z o.o.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o:

- wykluczenie wykonawcy Samindruk Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał, że zgodnie rozdz. II pkt VII SIWZ (Wadium): „*wadium wnoszone w innej formie, niż w pieniądzu powinno zawierać bezwarunkowe, nieodwołalne, płatne na każde pierwsze żądanie i bez badania stosunku prawnego zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji do wypłaty kwoty wadium w przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy*”. Tymczasem wykonawca Samindruk dołączył do swojej oferty gwarancję bankową, która nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, gdyż przewiduje zapłatę w terminie 14 dni po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, a nie - jak wymagał tego Zamawiający – „*na każde pierwsze żądanie*”. Odwołujący podniósł, że klauzula: „*na pierwsze żądanie*” oznacza m.in., iż wymagalność świadczenia powstaje po wezwaniu gwaranta „*żądaniem zapłaty*” wystosowanym przez beneficjenta gwarancji. Zobowiązanie banku wynikające z gwarancji bankowej jest zobowiązaniem pieniężnym i tym samym – wobec braku szczegółowej regulacji w Prawie Bankowym – co do zasady określenia terminu spełnienia świadczenia zastosowanie ma art. 455 KC. Odwołujący podniósł, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania. Natomiast termin „*niezwłocznie*” w okolicznościach związanych z wniesieniem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza czas niezbędny bankowi na realizację żądania zapłaty, który z pewnością nie będzie wynosił aż 14 dni. Tym samym - w ocenie Odwołującego – firma Samindruk Sp. z o.o., nie stosując wymogów Zamawiającego w zakresie gwarancji bankowej, nie spełnia wymagań SIWZ i jej oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,. Jednocześnie podniósł on, że wykonawca ten nieskutecznie zabezpieczył swoją ofertę wadium, co winno skutkować wykluczeniem go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu swoje przystąpienie w opozycji do podniesionych zarzutów złożyła firma Samindruk Sp. z o.o. Przystąpienie to zostało złożone w piśmie z dnia 3 października 2008 r. (wezwanie Zamawiającego doręczone firmie Samindruk Sp. z o.o. w dacie 1 października 2008 r.). Firma ta wskazała, że załączona do jej oferty gwarancja bankowa wystawiona przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. zobowiązuje gwaranta nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego kwoty do maksymalnej wysokości 156 000 zł w terminie 14 dni po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania. Powyższa gwarancja spełnia wymogi bezwarunkowości, jest nieodwoływalna i płatana na pierwsze żądanie. Tym samym spełnia wymogi Zamawiającego. Przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazał, że określenie 14-dniowego terminu płatności przez Bank nie pozbawia gwarancji bezwarunkowości i przymiotu płatnej na pierwsze żądanie, co podnosił w proteście

Odwołujący, bowiem w treści gwarancji Bank wprost użył sformułowania: „*bezwarunkowo*”. Przystępujący wskazała, że *de facto* Odwołujący w swoim proteście podważał oświadczenie złożone przez Bank i powołał się przy tym na zarządzenie Komisji Nadzoru Bankowego nr 4/98 wydane na podstawie art. 88 prawa bankowego, z którego wynika, że udzielenie gwarancji następuje w formie stwierdzonego pismem oświadczenia banku skierowanego do osoby upoważnionej z gwarancji a skoro Bank złożył takie oświadczenie ma ono moc prawną. Przystępujący stwierdził, że określenie terminu płatności przez Bank nie jest nałożeniem warunku, nie spełnia on bowiem przesłanek z art. 89 KC, tj. nie jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym od którego ziszczenia gwarant uzależniałby zasadność roszczenia beneficjenta z gwarancji. Przystępujący ponadto podniósł, że Zamawiający nie wymagał ani określenia przez bank terminu zapłaty sumy gwarancyjnej, ani też nie zastrzegł, że termin ten nie ma być podany.

Zamawiający, odnosząc się do złożonego protestu, pismem z dnia 13 października 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) protest oddalił w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że SIWZ nie określała terminu wypłacenia kwoty wynikającej z gwarancji, dlatego też wypłacenie świadczenia w takiej sytuacji powinno odbywać się niezwłocznie Wskazał, że termin ten („*niezwłocznie*”) nie oznacza natychmiastowego spełnienia świadczenia (zapłaty sumy gwarancyjnej), albowiem należy tutaj mieć na względzie realny termin, a więc czas niezbędny bankowi na zrealizowanie żądania banku, wystawiającego gwarancję firmie Samindruk Sp. z o.o., który określił ten termin na 14 dni jako czas właśnie niezbędny mu do zrealizowania transakcji i żądania. Zamawiający podkreślił ponadto, że w judykaturze obecny jest pogląd, że – gdy z okoliczności nic innego nie wynika – „*niezwłocznie*” oznacza termin 14 dniowy od wezwania. Zamawiający podkreślił, że dodanie dodatkowych klauzul do treści gwarancji nie narusza przepisów ustawy oraz, że określenie terminu płatności nie jest nałożeniem warunku, bowiem nie spełnia przesłanek definicyjnych art. 89 KC, uwzględniając w tym względzie argumentację Przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Z tą argumentacją Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się składając w piśmie z dnia 14 października 2008 r. (data nadania w urzędzie pocztowym operatora publicznego: 14 października 2008 r.) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie złożenia odwołania została przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście. Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, podniósł, że Zamawiający faktycznie określił w postanowieniach

SIWZ wymagany termin wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji poprzez zastrzeżenie, że gwarancja bankowa zawierać ma zobowiązanie gwaranta do płatności: „*na pierwsze żądanie*”, a zatem zapłata ma nastąpić niezwłocznie. Natomiast termin „*niezwłocznie*” Odwołujący interpretuje odmiennie niż Zamawiający, wskazując m.in. na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2004 r., sygn. akt: V CK 461/03 i podkreślając, że termin 14 dniowy przywołany przez Zamawiającego wynika z przestarzałego orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1991 r. (IICR 623/90). W ocenie Odwołującego termin „*na pierwsze żądanie*” oznacza, że bank – profesjonalista w zakresie usług bankowych – zobowiązany jest do zapłaty kwoty wadium w terminie realnym, to znaczy – przy uwzględnieniu determinowanej wymaganiami rynku bankowego praktyki i możliwości, jakie daje elektroniczny system transferów pieniężnych – w czasie nie dłuższym niż kilka godzin po otrzymaniu żądania zapłaty. Tym samym Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że wymóg wadium nie został wypełniony przez firmę Samidruk Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego firma Samidruk Sp. z o.o. złożyła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 20 października 2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP: w tej samej dacie). W piśmie tym Przystępujący podtrzymał argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W piśmie z dnia 28 października 2008 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w którym również podtrzymał, swoją dotychczasową argumentację.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert firmy Samidruk Sp. z o.o. oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Zarzuty podnoszone w treści protestu i odwołania dotyczą oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego pozostająca ważną, została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert. Zarzuty podnoszone w proteście i odwołaniu wykazują zatem uszczerbek po

stronie Odwołującego w postaci pobawienia go szans na uzyskanie zamówienia. Gdyby bowiem zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu zostały uwzględnione Odwołujący uzyskałby bezpośrednio szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego, co wskazuje na wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Zgodnie z rozdz. II pkt VII SIWZ (Wadium) warunkiem przystąpienia do przetargu było wniesienie wadium w wysokości 156 000 zł. Zamawiający do postanowień tych wprowadził zastrzeżenie dotyczące przypadku złożenia wadium w postaci innej niż pieniężna: *„wadium wnoszone w innej formie, niż w pieniądzu powinno zawierać bezwarunkowe, nieodwołalne, płatne na każde pierwsze żądanie i bez badania stosunku prawnego zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji do wypłaty kwoty wadium w przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy”*.

Firma Samindruk Sp. z o.o., której oferta jest kwestionowana w rozpatrywanym przez Izbę odwołaniu, zabezpieczyła swoją ofertę wadium wniesionym w formie gwarancji bankowej nr GK08-2400007, wystawionej przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. i opiewającej na kwotę 156 000 zł. W treści gwarancji wskazano, że Bank jej udzielający zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz beneficjenta, tj. Zamawiającego, każdej kwoty do wymaganej w SIWZ maksymalnej kwoty zabezpieczenia.

Skład orzekający Izby, dokonując oceny tej gwarancji pod kątem jej zgodności z wymogami SIWZ oraz przepisami ustawy, uznał, że brak jest podstaw do uznania, że oferta Samindruk Sp. z o.o. w tym zakresie jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) oraz, że wykonawca ten nie wniósł wadium, czyli nieprawidłowo zabezpieczył swoją ofertę (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy).

Skład orzekający Izby przychylił się do argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego, że pojęcie „warunek” jest czymś odmiennym od określenia terminu płatności wymaganej kwoty wadium. Przedłożona w ofercie Samindruk Sp. z o.o. gwarancja wadialna jest bez wątpienia bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie jej beneficjenta. Wskazania w treści gwarancji terminu płatności nie można utożsamiać z warunkiem w rozumieniu, tak art. 89 KC, jak i - na co wskazywał Odwołujący - w rozumieniu warunków (wymogów) określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w SIWZ nie zastrzegł terminu, w jakim wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego przez gwaranta ma zostać mu zapłacona.

Odwoływanie się w tym zakresie przez Odwołującego do pojęcia zawartego w postanowieniach SIWZ, iż gwarancja ma być bezwarunkowa jest nieuzasadnione, bowiem - w ocenie składu orzekającego Izby - termin zapłaty kwoty gwarancyjnej na rzecz beneficjenta nie stanowi odmiennego od postanowień SIWZ warunku dotyczącego sposobu określenia i wypełnienia warunków dotyczących wadium, wnoszonego w innej postaci niż pieniężna.

Tym samym Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych wymogów. Zamawiający, w sytuacji ziszczenia się warunków określonych w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy, będzie mógł skorzystać z zabezpieczenia, które oferuje mu bank. Wystawiając żądanie w tym zakresie kierowane do banku nie będzie musiał przedstawiać żadnych dodatkowych dokumentów, czy spełniać dodatkowych warunków, a w terminie 14 dni, na jego pierwsze pismo (żądanie), kierowane w tej sprawie do gwaranta, uzyska wypłatę kwoty 156 000 zł. Zatem warunek wadium określony w przepisach ustawy oraz SIWZ został wypełniony.

Argumentacja Odwołującego, że w tym przypadku – w związku z brakiem określenia terminu płatności przez Zamawiającego w SIWZ - zastosowanie znajdzie przepis art. 455 KC, wskazujący na to, że - jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony, ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania - jest o tyle adekwatne, że w niniejszej sprawie znaczenie interpretacyjne będzie miał termin: „*niezwłocznie*”. Termin ten należy interpretować – zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego jako termin „*bez zbędnej zwłoki*”, uzasadniony okolicznościami w danej, konkretnej sprawie. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności w niniejszym przypadku nie wykluczają – uwzględniając stosowane w tym zakresie formalne procedury banku, który udziela gwarancji – spełnienia świadczenia w terminie 14 dni. Ponownie jednak podkreślić należy, że w tym przedmiocie Zamawiający żadnych wymogów w SIWZ nie określił, zatem nie możemy mówić o sprzeczności kwestionowanej oferty z SIWZ, a tym bardziej – w związku z wypełnieniem wymogów ustawowych, co do istoty zabezpieczenia wadialnego – również z podstawą do twierdzenia, że wadium nie zostało wniesione.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy, tj., art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, a w związku z tym również przywoływanego art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....