

Sygn. akt KIO/UZP 113/09

**WYROK**  
**z dnia 5 lutego 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Izabela Niedziałek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. (lider konsorcjum), ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las oraz Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych, ul. Matejki 57, 60-770 Poznań** protestu wniesionego w dn. 9.01.2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. (lider konsorcjum), ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las oraz Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. (lider konsorcjum), ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las oraz Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań,**
  
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. (lider konsorcjum), ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las oraz Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań**

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

W dniu 21.11.2008 r. Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych - Zakład Budżetowy Miasta Poznania, 60-770 Poznań, ul. Matejki 57 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie inwestycji polegającej na termomodernizacji budynków położonych w Poznaniu przy ul. Bukowej 1, ul. Świt 47-49, w których mieszczą się placówki Niepublicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 5.01.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania.

W dniu 9.01.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Spółka Jawna, ul. Obornicka 8a Jelonek, 62-002 Suchy Las (lider konsorcjum) oraz Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań (zwani dalej Odwołującym) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu

19.01.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 23.01.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, czym naruszył art. 91 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, jako niezgodną z SIWZ, ponieważ nie załączono do niej dowodu wniesienia wadium w oryginale, jak wymagano w SIWZ. Odwołujący wskazał, że wniesienie wadium nie stanowi treści oferty, zatem Zamawiający nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a ewentualnie wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, jeżeli uznał, że nie wniósł on wadium. Ponadto Odwołujący podniósł, że z treści gwarancji zapłaty wadium nie wynika, że aby mieć możliwość skorzystania z niej beneficjent musi dysponować oryginałem gwarancji. W odwołaniu powołano się dodatkowo w tym względzie na korespondencję z ubezpieczycielem, który potwierdził stanowisko Odwołującego odnośnie okoliczności, że możliwe jest skorzystanie z gwarancji wadialnej bez konieczności posiadania jej oryginału.

Zamawiający oddalając protest stwierdził, że wymagał w SIWZ, aby wykonawca dostarczył oryginał wniesienia wadium, a Odwołujący do swojej oferty dołączył kopię. Ponadto wskazał, iż każda strona oferty Odwołującego została przez niego potwierdzona za zgodność z oryginałem, a „kserokopia zapłaty wadium, będąca częścią oferty, takiej adnotacji nie posiada”.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o unieważnienie nie czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na brzmienie przepisu 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w pkt. 12.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył "oryginał dowodu wniesienia wadium".
2. Odwołujący do oferty załączył kopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, nie potwierdzoną za zgodność z oryginałem.
3. W treści gwarancji ubezpieczeniowej, w brzmieniu zgodnie z kopią załączoną do oferty Odwołującego, w pkt. 6 ppkt 1 wskazano, że gwarancja wygasa również „z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności”.

I. Wobec powyższych okoliczności, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wniósł wadium.

W ocenie składu orzekającego, należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Przykładowo, Odwołujący mógł wnieść wadium w pieniądzu – gdyby w takiej sytuacji w ogóle nie dołączył do oferty „dowodu wniesienia wadium”, a przelew z żadaną kwotą wadium wpłynąłby na konto Zamawiającego przed terminem otwarcia ofert, nie byłoby podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Równocześnie 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 innych formach, niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów.

Skład orzekający podziela stanowisko Odwołującego, iż dla oceny, czy wadium zostało wniesione prawidłowo, nie mają znaczenia postanowienia SIWZ, odnoszące się do formy gwarancji wadialnej (zgodnie z pkt 12.8 SIWZ powinna być złożona w oryginale); postanowienia SIWZ w tym względzie nie mają znaczenia dla oceny, czy wadium zostało skutecznie wniesione.

Nie można wykluczyć sytuacji, że Zamawiający będzie mógł skorzystać (tzn. zaspokoić żądanie wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku z zatrzymaniem wadium) z ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej złożonej w kserokopii – o ile co innego nie wynika z treści gwarancji, z treści umowy o gwarancję bądź z ogólnych warunków ubezpieczenia.

W postępowaniu, w którym złożono odwołanie, Odwołujący przedłożył kopię gwarancji, 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 postępowaniem wyjaśniającym w drodze mailowej z dn. 22.12.2008 r. oraz przedłożoną na rozprawie opinią radcy prawnego z dn. 21.01.2009 r.), ale tylko o tyle, o ile Odwołujący 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 Prawa zamówień publicznych (nie mieści się bowiem w katalogu dokumentów przewidzianych tamże).

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 zadecydowało brzmienie gwarancji w pkt. 6 ppkt 1 gwarancji. W rezultacie należy uznać, że Odwołujący nie wniósł wadium.

II. Izba w pełni podziela argumentację Odwołującego, odnoszącą się do podstawy prawnej odrzucenia jego oferty. Wykonawca, który nie wniósł wadium, winien być wykluczony z postępowania. Nie można odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z tego powodu, że „forma” (tu: w znaczeniu zewnętrzna postać jednej z form wadium przewidzianych przez art. 45 ust. 6 Prawa zamówień publicznych) wadium nie odpowiada wskazówkom SIWZ; przepis przywołany przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty zobowiązuje go do odrzucenia jej wyłącznie w wypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Dokument poświadczający wniesienie wadium nie jest treścią oferty – treścią oferty jest wyłącznie zakres świadczenia wykonawcy odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego, które upoważniałoby go do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przywołanej przez siebie podstawy prawnej. Niemniej jednak, ze względu na brzmienie art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania), Izba nie może uwzględnić odwołania, ponieważ nie wpłynęłoby to na wynik postępowania – Odwołujący, jak wskazano w I części uzasadnienia, powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie wniósł wadium.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający co prawda nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, podczas gdy powinien go wykluczyć z postępowania, ale ta konstatacja nie ma wpływu na wynik postępowania; nie może być uwzględniony zarzut naruszenia art. 91 Prawa zamówień publicznych, ponieważ ewentualne naruszenie tego przepisu nie wynika z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego.

Izba w związku z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie odnosiła się do zarzutu, podniesionego przez Odwołującego na rozprawie, dotyczącego niezłożenia wadium przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, ponieważ zarzut ten nie był objęty protestem.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....