

**WYROK**  
**z dnia 2 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Condite Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynność unieważnienia postępowania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Condite Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** na rzecz **Condite Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

### do wyroku z dnia 2 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2291/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa pomieszczeń części budynku Regionalnego Ośrodka Onkologicznego (ROO), określonego jako „Stara Onkologia”” wykonawca - Condite Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu, a oferta nie podlegała odrzuceniu,
2. art. 36 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 65 i art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, poprzez uznanie, że złożone przez odwołującego wadium w formie gwarancji bankowej odbiega od wymogów SIWZ, podczas, gdy z jego treści nie wynika naruszenie tej specyfikacji, a sama gwarancja jest zgodna z obowiązującymi przepisami Prawa bankowego i ustawy Pzp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez jego zastosowanie i uznanie, iż gwarancja wadialna stanowi część oferty, podczas gdy gwarancja ta nie jest oświadczeniem ani też dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
2. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że do oferty w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt 9.4), przedłożył zamawiającemu wadium w formie gwarancji bankowej z dnia 5 października 2010 roku nr CRD /G/ 34907 wystawionej przez Raiffeisen Bank Polska S.A. na kwotę 290.000 złotych. Pomimo to oferta odwołującego została odrzucona, a on sam wykluczony z postępowania. Odwołujący wskazał, że jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś w uzasadnieniu swojej decyzji, iż przedstawiona gwarancja nie jest zgodna z zapisami SIWZ, ponieważ z jej treści (pkt 9.4 ppkt e) wynika, że gwarancja „powinna zawierać „bezwarunkowe

i nieodwołalne" zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia zamawiającemu na pierwsze pisemne żądanie, bez pośrednictwa banku lub innej instytucji pełnej sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisie art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp, szczegółowo opisane w punktach 9.13. oraz 9.14."

Odwołujący podał, że zdaniem zamawiającego zapis, iż bank wypłacający kwotę gwarancji w celach identyfikacyjnych wymaga, aby żądanie wypłaty było złożone za pośrednictwem banku beneficjenta gwarancji (zamawiającego) jest niezgodny z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, że złożona przez niego w przedmiotowym postępowaniu gwarancja bankowa gwarantuje zamawiającemu wypłatę kwoty wadium w przypadku ziszczenia się któregośkolwiek z warunków wymienionych w ustawie Pzp.

Wyjaśnił, że sposób uruchomienia zapłaty został dopuszczony w dokumencie gwarancyjnym, poprzez zobowiązanie zamawiającego do skorzystania z pośrednictwa swojego banku, który ma jedynie potwierdzić, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego, wystawiona przez Raiffeisen Bank Polska S.A. z dnia 5 października 2010 roku gwarancja bankowa nie wprowadza natomiast żadnego warunku ograniczającego odpowiedzialność gwaranta.

Odwołujący podniósł, że przedstawiona gwarancja bankowa, co wynika z jej treści, jest nieodwołalna i bezwarunkowa (wymogi SIWZ), zaś określenie sposobu realizacji uprawnień z gwarancji stanowi jedynie spełnienie niezbędnych formalności dla wypłaty tej należności, poprzez weryfikację podpisów osób, które składają żądanie wypłaty.

W ocenie odwołującego informacja o formalności, tj. sposobie identyfikacji występującego z żądaniem przez uzyskanie potwierdzenia wiarygodności osób występujących w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty nie może być oceniana jako okoliczność prowadząca np. do niewypłacalności gwarancji bankowej, ma ona na celu jedynie identyfikację występującego z żądaniem zapłaty kwoty wadium, co jest uzasadnione również ochroną zamawiającego przed ewentualnym roszczeniem o zwrot świadczenia nienależnego. Odwołujący podkreślił, że formalny element wypłaty kwoty wadium nie może być również podstawą do uznania, iż wadium nie zostało wniesione, ponieważ wprowadzony zapis SIWZ nie wywołuje skutków, jakie wiąże ustawa w zakresie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy. Odwołujący podniósł, że wadium nie jest ofertą, co oznacza, że ewentualne niezgodności z SIWZ, w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta, należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących treści i formy gwarancji bankowej, dlatego w tym zakresie znajduje zastosowanie art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 roku, Nr 72, poz. 655 ze zm.) zgodnie, z którym gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Zdaniem odwołującego przywołany przepis Prawa bankowego dopuszcza wypłatę kwoty z gwarancji bądź to bezpośrednio przez gwaranta, bądź to przez inny bank tzw. Pośredniczący, zaś prawo wyboru możliwości zapłaty, z wyłączeniem czynności innego banku, należy, zgodnie z treścią zobowiązującą przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp do zamawiającego.

W ocenie odwołującego z zapisu pkt. 9.4 lit e SIWZ wynika, iż kwota należna zamawiającemu winna być zapłacona na pierwsze pisemne żądanie, bez pośrednictwa banku lub innej instytucji, co oznacza, że przedmiotowym zapisem zamawiający wykluczył udział swojego banku w wypłacie wadium (innymi słowy wykonanie świadczenia pieniężnego z gwarancji wadialnej zgodnie z zapisami SIWZ, przy uwzględnieniu treści art. 81 Prawa bankowego winno być dokonane bezpośrednio z banku odwołującego na rzecz beneficjenta).

Odwołujący podniósł, że przedstawiona gwarancja wadialna Raiffeisen Bank Polska S.A. nie uzależnia wypłaty wadium od konieczności przelewu środków na rachunek bankowy zamawiającego w innym banku, a więc spełnienia świadczenia pieniężnego (które jest istotą gwarancji) za pośrednictwem innego banku. Wskazał, że z treści art. 81 Prawa bankowego jednoznacznie wynika, iż realizacja świadczenia pieniężnego (a więc wypłata środków) następuje bezpośrednio beneficjentowi albo beneficjentowi poprzez inny bank.

W ocenie odwołującego procedura zrealizowania zapłaty z przedstawionej gwarancji nie jest sprzeczna z treścią wymogu zawartego w postanowieniach SIWZ, po pierwsze dlatego, że nie wprowadza pośrednictwa banku zamawiającego do wypłaty środków, po drugie dlatego, że nie wydłuża czasu realizacji zapłaty, po trzecie dlatego, że nie powoduje dodatkowych obciążeń finansowych zamawiającego np. dodatkowych opłat.

Odwołujący stwierdził, że zalecenie zawarte w treści gwarancji, by żądanie wypłaty było potwierdzone przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana wypłata z gwarancji oraz by bank ten potwierdził podpisy działających w imieniu żądającego, ma charakter porządkowy, jest zaleceniem niewywołującym skutków normatywnych, o charakterze formalnym.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że zgodnie z przepisem art. 65 ustawy Prawo bankowe, bank ma obowiązek sprawdzenia autentyczności i prawidłowości formalnej dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamość osoby dającej zlecenie, co oznacza że bank jest zobowiązany do prawidłowego wykonania tych czynności w taki sposób, aby wypłata nastąpiła jedynie do rąk osoby uprawnionej.

Zakwestionowaną treść gwarancji odwołujący uznał za powszechnie znaną w obrocie prawnym i akceptowaną przez zamawiających, gdyż chroni ona również interesy samego zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że wniesienie wadium w formie gwarancji nie stanowi treści oferty, co oznacza, że zamawiający nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z tego powodu, że wadium nie odpowiada wskazówkom SIWZ.

Wskazał, że dokument gwarancji wadialnej nie jest treścią oferty - treścią oferty jest wyłącznie zakres świadczenia wykonawcy odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia. Dodał, że zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego, które upoważniałoby go do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przywołanej przez siebie podstawy prawnej.

**Na podstawie odwołania z dnia 20 października 2010 r. wraz z załącznikami (w tym kopii Gwarancji przetargowej nr CRD/G/34907 z dnia 5 października 2010 r. Raiffeisen Bank Polska S.A.) oraz odpowiedzi na odwołanie, złożonej przez zamawiającego na rozprawie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu, a oferta nie podlegała odrzuceniu potwierdził się.

Bezsporne między stronami było wprowadzenia przez zamawiającego w jednym z postanowień SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymogu odnoszącego się do wadium w szczególności w formie gwarancji bankowej, tj. aby z jej treści wynikało zobowiązanie gwaranta do zapłacenia zamawiającemu pełnej sumy wadium bez pośrednictwa banku lub innej instytucji.

Na rozprawie ujawniły się co najmniej dwa możliwe sposoby rozumienia wskazanego powyżej wymogu, tj. rozumienia owego „pośrednictwa”. Były to:

1. pośrednictwo banku zamawiającego przy identyfikacji podpisów złożonych na żądaniu wypłaty przez osoby upoważnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego,
2. pośrednictwo banku zamawiającego przy realizacji wypłaty kwoty wskazanej w gwarancji.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że „w żadnym razie nie chodziło mu o sposób wypłaty,, co w ocenie Izby nie wynika z literalnego brzmienia wymogu, w którym brak jakiegokolwiek rozróżnienia co do możliwych przejawów pośrednictwa podmiotów trzecich (banku zamawiającego, innych instytucji).

Skoro zamawiający tak rozumiał wprowadzony przez siebie wymóg, a nie znajduje to odzwierciedlenia w brzmieniu wymogu, to trudno uznać wprowadzony wymóg za jednoznaczny.

Formalnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego jako wadium z treścią jednego z wymogów SIWZ, a to ze względu na następujące postanowienie tej gwarancji: „Dla celów identyfikacyjnych Państwa żądanie wypłaty z gwarancji musi być zgłoszone naszemu bankowi za pośrednictwem Państwa banku, który potwierdzi, że podpisy na żądaniu wypłaty zostały złożone przez osoby upoważnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”.

Na rozprawie zamawiający przywołaną przez siebie podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego uznał za „niezbyt szczęśliwą”, wskazując jednocześnie, że „wadium jest nieprawidłowe, ponieważ nie zabezpiecza oferty”.

Jednak w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż odwołujący nie wniósł wadium (wadium jest nieprawidłowe), co uzasadniałoby wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby bowiem dla oceny skuteczności wniesionego wadium rozstrzygające jest to, czy cel ustanowienia wadium tj. zabezpieczenie roszczeń zamawiającego zarówno co do ich maksymalnego zakresu (w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp), jak również co do bezwarunkowej ich realizacji został osiągnięty.

W ocenie Izby gwarant Raiffeisen Bank Polska S.A. zabezpieczył w pełni interes zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium, nie wprowadzając żadnych warunków dodatkowych zapewniających zamawiającemu uzyskanie zapłaty wadium.

Przeszkodą w realizacji celu wadium nie jest z całą pewnością żądanie banku - gwaranta odnoszące się do identyfikacji osób działających w imieniu zamawiającego.

Żądanie to stanowi wymóg formalny, odnoszący się jedynie do technicznej, nie zaś merytorycznej strony wypłaty kwoty z tytułu gwarancji, co oznacza, że prawo zamawiającego do skutecznego dochodzenia kwoty z tytułu gwarancji nie zostało naruszone.

Żądanie to nie stanowi także zagrożenia dla szybkiej realizacji przez zamawiającego jego uprawnień, ponieważ to zamawiający ma wpływ na możliwość dysponowania przez jego bank aktualnymi danymi odnośnie osób uprawnionych do działania w jego imieniu i wzorami podpisów tych osób.

Izba stoi na stanowisku, iż żądanie to stanowi wręcz zabezpieczenie interesów zamawiającego, zapobiega bowiem możliwości wypłaty wadium osobie / osobom nieuprawnionym, niezwyfikowanym (które nie mogły zostać zidentyfikowane) przez bank zamawiającego.

W ocenie Izby rozważenie zagrożenia interesu zamawiającego, poprzez wprowadzenie przez gwaranta kwestionowanego żądania byłoby zasadne i celowe wówczas, gdyby zamawiający wykazał, że jego bank pobiera opłatę (prowizję) za potwierdzenie identyfikacji podpisów, a nadto, że jej wysokość stanowi dla zamawiającego barierę w skorzystaniu z uprawnień z gwarancji, czego zamawiający nie uczynił.

Wobec powyższego Izba uznała brak podstaw do wykluczenia odwołującego z tego powodu, że nie wniósł on wadium, a konsekwencji również brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 65 i art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, poprzez uznanie, że złożone przez odwołującego wadium w formie gwarancji bankowej odbiega od wymogów SIWZ Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba wskazuje, że stanowiący podstawę prawną zarzutu przepis art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odnosi się do zawartości SIWZ, tj. obowiązku zamawiającego objęcia jej treścią wymagań dotyczących wadium.

Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ ustawodawca określił w przepisie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp i termin ten w przedmiotowym postępowaniu już upłynął.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut za spóźniony i nie odniosła się do niego merytorycznie.

Dodatkowo Izba wskazuje, w związku z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, że jest uprawniona do orzekania o czynnościach zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy



Prawo zamówień publicznych, nie zaś innych ustaw w tym w szczególności przepisami ustawy Prawo bankowe.

Użyte w przepisie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie „ustawa” należy rozumieć jako naruszenie przepisów tej właśnie ustawy i aktów wykonawczych do tejże ustawy, a także innych aktów prawnych, jednak o tyle, o ile odwołuje się do nich ustawa Prawo zamówień publicznych.

Takie rozumienie tego pojęcia wywieść należy po pierwsze z zasady, iż posłużenie się przez ustawodawcę w akcie prawnym pojęciem „ustawa” bez bliższego określenia, jak je rozumieć, oznacza ustawę, w której posłużono się tym pojęciem, po drugie z zasadą zakazującą powtarzania przepisów zamieszczanych już w innych aktach.

Potwierdzeniem tego jest fakt, iż ustawodawca odwołując się do innej niż Prawo zamówień publicznych ustawy używa zwrotu „odrębne przepisy”, jak ma to miejsce np. w art. 89 ust. 1 pkt 8.

Objęcie zaś pojęciem „ustawa” przepisów aktów wykonawczych do ustawy wiązać należy z tym, iż akty wykonawcze do ustawy wydawane są wyłącznie na podstawie delegacji ustawowej i służyć mają jej wykonaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie jest właściwa do rozpoznania wskazanego zarzutu pod kątem jego zgodności z przepisem art. 65 i 81 ustawy Prawo bankowe.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i uznanie, iż gwarancja wadialna stanowi część oferty potwierdził się.

Bez wątplenia wadium, stanowiąc zabezpieczenie oferty, nie jest jednocześnie ofertą, a tym samym nie jest możliwe zastosowanie do treści gwarancji bankowej złożonej jako wadium tych przepisów ustawy, które odnoszą się do oferty w szczególności art. 82 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 2, czy też art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że etap oceny treści oferty czy to w celu ustalenia jej zgodności z treścią SIWZ, czy to w celu przyznania punktów zgodnie z ustanowionymi kryteriami oceny ofert poprzedza etap jej badania pod kątem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przystąpienie zaś do etapu badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu uzależnione jest od wniesienia przez wykonawcę wadium, z czym związana jest konsekwencja wskazana przez ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który nakazuje uznać ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo iż treść tej oferty może być zgodna z treścią SIWZ i może być złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu.

Sam zamawiający uznał na rozprawie przywołaną przez siebie podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego za „niezbyt szczęśliwą”.

Ze względu na wskazaną powyżej odrębność dokumentu gwarancji bankowej, a tym samym odrębność jej treści od oferty (treści oferty) Izba uznaje przywołaną podstawę prawną za nieprawidłową, co przesądza o zasadności podniesionego przez odwołującego zarzutu.

Izba nakazała zamawiającego unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ uznanie przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego oznacza jednocześnie brak podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skoro zamawiający dysponuje ofertą odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....