

**Sygn. akt KIO/UZP 868/08**

**WYROK**  
**z dnia 3 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**  
**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Izabela Niedziałek**  
**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MARVEL Sp. z o. o., 90-332 Łódź 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Kielcach, 25-372 Kielce, ul. Seminaryjska 12** protestu z dnia 5 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: A.B.T. AUTONISS Sp. z o.o., Dąbrowscy Sp. z o.o., 20-325 Lublin, ul. Droga Męczenników Majdanka 74A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **MARVEL Sp. z o. o., 90-332 Łódź 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MARVEL Sp. z o. o., 90-332 Łódź 7**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **MARVEL Sp. z o. o., 90-332 Łódź 7** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Policji w Kielcach, 25-372 Kielce, ul. Seminaryjska 12**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 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 **MARVEL Sp. z o. o., 90-332 Łódź 7**.

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

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samochodów osobowo – terenowych w policyjnej wersji oznakowanej i nieoznakowanej.

W dniu 28.07.2008r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty konsorcjum Nissan A.B.T. Autoniss sp. z o.o. i Dąbrowscy sp. z o.o. oraz wykluczenia Wykonawcy Marvel sp. z o.o. Informację o rozstrzygnięciu postępowania przekazał wykonawcy Marvel sp. z o.o. w dniu 31.07.2008r. Jako podstawę wykluczenia wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę na cały okres związania ofertą – zamiast wymaganych 60 dni – zabezpieczało okres 59 dni.

W dniu 5.08.2008r. protest na czynność wykluczenia z postępowania i odrzucenia swojej oferty złożyła Marvel sp. z o.o. W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez swoje wykluczenie pomimo, że spełniono warunek skutecznego wniesienia wadium. Wniesiono o unieważnienie czynności wykluczenia oraz

odrzućenia swojej oferty oraz o powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania ofert z uwzględnieniem oceny złożonej przez protestującego i wybór najkorzystniejszej oferty.

W argumentacji wskazano, że w dniu 11 czerwca protestujący zawarł z PZU S.A. umowę ubezpieczenia a z treści tej umowy jednoznacznie wynika, że została udzielona w związku z postępowaniem wszczętym przez Zamawiającego – dotyczącym „Dostawy samochodów osobowo terenowych w policyjnej wersji oznakowanej i nieoznakowanej” oraz, że stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W § 3 ust. 1 umowy ubezpieczenia znalazł się omyłkowy zapis wpisany przez pracowników gwaranta, z którego wynika, że ostatnim dniem obowiązywania gwarancji jest 12 września 2008r. a rzeczywistą intencją stron było objęcie gwarancją ubezpieczeniową całego okresu związania ofertą opisanego w pkt 15 SIWZ. W wyniku ustalenia tej okoliczności gwarant po przyznaniu, że doszło do omyłki sporządził pismo w dniu 29 lipca 2008r. z którego wynikało, że udzielona gwarancja ubezpieczeniowa wynikająca z umowy z dnia 11 czerwca 2008r. stanowi zabezpieczenie na okres 60 dni – tj. od 16 lipca 2008r. do 13 września 2008r. a aneks sporządzony w związku z tą pomyłką ma charakter prostujący – potwierdzający wcześniejsze intencje stron zawarte w umowie gwarancji.

Wskazano następnie na brzmienie art. 65 § 2 kc oraz na zgodny zamiar stron i cel umowy ubezpieczeniowej, a ponadto na wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2007r. Ustawa Prawo zamówień publicznych w literalnym brzmieniu wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca, który nie wniósł wadium. Przyczyna ta powinna mieć charakter obiektywny a nie dotyczyć sfery przekonań zamawiającego.

W dniu 8.08.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego wniosło konsorcjum firm – A.B.T. AUTONISS spółka z o.o. oraz Dąbrowscy sp. z o.o. wskazując, że przystępuje po stronie zamawiającego.

W dniu 9.08.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. W argumentacji wskazano, że uprawnienie do zrealizowania zabezpieczenia powinno być możliwe do zrealizowania przez cały okres związania ofertą, który to okres został określony w pkt 15 SIWZ jako 60 dni od daty terminu składania ofert. Następnie wskazano na wyrok ZA z 15.03.2007r., a ponadto na wyrok ZA z dnia 26.03.2007r. Ponadto wskazano, że zamawiający nie jest uprawniony do badania okoliczności dotyczących celu i zamiaru stron odnośnie umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Poinformowano, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium jest oświadczeniem gwaranta zobowiązującym go do zapłaty określonej sumy pieniężnej na zasadach w niej określonych i jako oświadczenie nie może być uzupełnione gdyż w ustawie Pzp nie ma przepisu umożliwiającego jego

uzupełnienie a taka czynność stanowiłaby ponadto naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp – zobowiązującego zamawiającego do przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 14.08.2008r. Marvel sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że uprawnienie do odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy powstaje także w razie rzeczywistego udzielenia wadium przez wykonawcę. Ponadto zarzucono naruszenie przepisu art. 65 kc poprzez przyjęcie, że Zamawiający nie ma w toku postępowania jakiegokolwiek uprawnienia do wykonywania wykładni oświadczenia woli zawartych w gwarancji ubezpieczeniowej.

Wniesiono o unieważnienie czynności wykluczenia oraz odrzucenia swojej oferty oraz o powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem oceny oferty Marvel sp. z o.o. ]

Powtórzono argumentację zawartą w proteście, a ponadto, wskazano, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazując na wyrok ZA dotyczący konieczności zabezpieczenia wadium całego okresu związania ofertą nie wskazał prawidłowo problemu gdyż w obecnej sytuacji wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało rzeczywiście złożone. Wskazano ponadto, że w stanie faktycznym dotyczącym orzeczenia ZA z 26.03.2007r. wykonawca nie spełniał warunków postępowania, a w przedmiotowej sprawie intencje Gwaranta były tożsame z oczekiwaniami Zamawiającego. Wskazano na niesłuszność poglądu Zamawiającego o niemożności interpretacji ani uzupełnienia w drodze wykładni oświadczenia gwaranta – powołano się na treść art. 65 kc oraz odwołano się do treści wyroku ZA z 20.06.2007r.

W dniu 2.09.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło konsorcjum firm – A.B.T. AUTONISS spółka z o.o. oraz Dąbrowscy sp. z o.o. opowiadając się po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła oddalić odwołanie.

Kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była ocena możliwości uznania gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Marvel sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu za odpowiadającą warunkom postawionym przez zamawiającego. Bezspornym było, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GWo/56/08/071-24-02 zawiera zapis w § 3, z którego jednoznacznie wynika, że obowiązuje od 16 lipca 2008r. do 12 września 2008r. Termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 13 września 2008r. w wyniku czego gwarancja nie obejmowała całego okresu związania ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma możliwości poprawienia błędnej gwarancji

ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie daje możliwości zmiany zapisów gwarancji po terminie składania ofert. Możliwość zastosowania art. 65 kc w niniejszej sytuacji jest wyłączona, gdyż ma on zastosowanie do umów, a gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem jednostronnym gwaranta do zapłaty kwoty 60.000 zł na rzecz beneficjenta po złożeniu oświadczenia przez beneficjenta dotyczącego odmowy podpisania umowy przez wykonawcę, nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak również niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie oferenta.

Podkreślenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestie wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełnienia po terminie składania ofert pomimo, że przepisy tej ustawy umożliwiają uzupełnianie innych dokumentów. Wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela nie mogą mieć charakteru sanującego błędną gwarancję ubezpieczeniową, gdyż zostały złożone po terminie składania ofert. Ponadto wskazać należy, że nie ma podstaw prawnych w ustawie Prawo zamówień publicznych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Odwołujący powoływał się jedynie na niemożliwy do zastosowania w przedmiotowej sytuacji art. 65 kc a nie wskazał żadnej możliwości wynikającej z ustawy Prawo zamówień publicznych do uznania tej gwarancji za prawidłową. Okoliczności powstania niespójnego zapisu – w wyniku błędu pisarskiego – jak wynika z pisma PZU S.A. z dnia 27 sierpnia 2008r. nie mogą w niniejszej sytuacji stanowić podstawy do zmiany zapisów gwarancji ubezpieczeniowej na etapie badania i oceny ofert, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie daje takiej możliwości. Niemożność poprawienia zapisów gwarancji ubezpieczeniowej w związku z nie objęciem gwarancją całego okresu związania ofertą była w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej prawidłowym powodem zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*