

**Sygn. akt KIO 792/13**

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea), Warszawskie Przedsiębiorstwo Robot Telekomunikacyjnych S.A. w Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Lubelskie w Lublinie

przy udziale Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SAU w Madrycie (Hiszpania) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea), Warszawskie Przedsiębiorstwo Robot Telekomunikacyjnych S.A. w Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea), Warszawskie Przedsiębiorstwo Robot Telekomunikacyjnych S.A. w Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Lubelskie w Lublinie - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest realizacja obiektu budowlanego, tj. infrastruktury regionalnej sieci szerokopasmowej w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie”, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lipca 2012 r., pod numerem 2012-230408.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 marca 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aernoaval Construcciones e Instalaciones SAU w Madrycie (dalej również jako: „ACISA”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KT Corporation w Seongnam-si (Korea), Daewoo International Corporation w Seoul (Korea), Warszawskie Przedsiębiorstwo Robot Telekomunikacyjnych S.A. w Warszawie, Biatel Telekomunikacja S.A. w Warszawie wnieśli odwołanie w terminie ustawowym. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia ACISA, pomimo iż załączona do oferty tego wykonawcy gwarancja bankowa nie czyni zadość wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego wadium nie zostało wniesione;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty nie zabezpieczonej wadium;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ACISA pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i mimo że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu; 4) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej bez umocowania, skoro ofertę

złożoną przez Aernoaval de Construcciones e Instalaciones, SAU, podpisała osoba umocowana przez spółkę o nazwie Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.;

5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, przeprowadzenie dowodów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie, unieważnienie oceny ofert i czynności wyboru oferty ACISA jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny tej oferty w zakresie przesłanek do wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, wykluczenie ACISA i odrzucenie oferty tego wykonawcy, wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że ofertę złożył wykonawca Aernoaval Construcciones e Instalaciones SAU, zaś pełnomocnictwo do złożenia oferty dla Pana M..... O..... L..... udzielone zostało w imieniu Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. Natomiast w gwarancji bankowej wskazano, że gwarancja została wystawiona na zlecenie: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU. W konsekwencji w każdym z dokumentów wskazany został inny podmiot, a Aernoaval Construcciones e Instalaciones SAU złożył wyłącznie formularz ofertowy.

Zarzucił, że ACISA, w ogóle nie zabezpieczył swojej oferty wadium, gdyż gwarancja bankowa została wystawiona na inny podmiot, a zleceniodawca gwarancji nie może doprowadzić do zaistnienia podstawy wypłaty środków. Za bezsporny odwołujący uznał błąd w firmie wykonawcy oraz fakt zamiennego posługiwania się formą prawną.

Odwołujący podniósł, że gwarancja złożona przez ACISA nie została wystawiona na potrzeby postępowania, gdyż wskazuje inną nazwę postępowania, w jej treści nie zawarto innych danych identyfikujących postępowanie oraz wystawca gwarancji wskazał, że przetarg został ogłoszony, podczas gdy w dacie wystawienia gwarancji postępowanie było zaawansowane.

Ocecił, że gwarancja jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający wymagał, aby wadium wnoszone w formie gwarancji bankowej w swojej treści zawierało sformułowanie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego nastąpi „bezwarunkowa wypłata bez jakichkolwiek zastrzeżeń”. Odwołujący wskazał, że co prawda gwarancja bankowa zawiera zobowiązanie banku do zapłaty „nieodwołanie i bezwarunkowo”, to nie ma jednak wymaganego sformułowania, że wypłata odbędzie się „bez jakichkolwiek zastrzeżeń”.

Odwołujący zarzucił również, że gwarancja nie zabezpiecza interesów zamawiającego, gdyż zgodnie z jej treścią żądanie zapłaty musi być złożone „wraz z oryginałem niniejszej gwarancji”. zaś gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie „gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie zwrócony (...) przed upływem terminu ważności gwarancji”. Wywiódł, że oba te postanowienia w powiązaniu wskazują, że w przypadku, gdy zamawiający zwróci się z żądaniem zapłaty, ale z jakichkolwiek powodów zapłaty tej nie uzyska, traci nie tylko oryginał dokumentu gwarancji, ale również traci wadium, ponieważ wraz ze zwrotem dokumentu gwarancji bankowi gwarancja wygasa, a co za tym idzie, wygasa również zobowiązanie banku do wypłaty kwoty wadium. Odwołujący zwrócił uwagę, że ryzyko odmowy wypłaty środków z gwarancji nie jest wcale znikome, jako że zawiera ona inne oznaczenie zleceniodawcy niż nazwa wykonawcy, którego ofertę ma zabezpieczać oraz inną nazwę postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wskazał w szczególności, że w swojej gwarancji bankowej zadbał o to, aby zawierała ona postanowienia wymagane przez zamawiającego zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jak również aby dawała zamawiającemu pełne bezpieczeństwo otrzymania środków w przypadku zaistnienia przesłanki do zatrzymania wadium.

ACISA przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Opisując wymagania dotyczące wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający żądał, w rozdziale XIV ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby dokument gwarancji zawierał stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego wzywające do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości wadium, następuje bezwarunkowa wypłata bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Dokument ma być wystawiony na Województwo Lubelskie. Zamawiający wymagał w rozdziale XIV ust. 5

specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożenia oryginału dokumentu gwarancji. Zastrzegł też, że wadium musi obejmować wszystkie przypadki, w których wykonawca traci wadium na rzecz zamawiającego, które opisał w ust. 8 i 11 powielając treść art. 46 ust. 4a i 5 Pzp (Rozdział XIV ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W odpowiedzi przystępujący złożył gwarancję nr 9340.03.1589473-58 wystawioną 15 marca 2013 r. przez CAIXABANK S.A. Oddział w Polsce na zlecenie Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU w związku z tym, że Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU ma zamiar złożyć ofertę w postępowaniu ogłoszonym przez Województwo Lubelskie na wykonanie zadania pod nazwą; „Realizacja obiektu budowlanego tj. infrastruktury regionalnej sieci szerokopasmowej, jako obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków zgodnie z wymaganiami zamawiającego w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie”. Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia beneficjentowi kwoty do wysokości wadium, na pierwsze żądanie beneficjenta. Treść gwarancji nie zawiera zwrotu „bez żadnych zastrzeżeń”. W gwarancji zostały wymienione przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 45 ust. 4a i 5 Pzp. Wystawca gwarancji wymagał dla realizacji obowiązku zapłaty złożenia jej oryginału wraz z żądaniem wypłaty środków oraz ustalił, że ważność gwarancji wygasa w razie jej zwrotu przed upływem terminu ważności gwarancji.

W formularzu oferty wskazano, że ofertę składa Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU Natomiast w akcie notarialnym repertorium A nr 5157/2012 wskazano, że pełnomocnictwo dla Pana M..... O..... L....., który podpisał ofertę udziela się w imieniu spółki: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A.

Izba dokonała wskazanych ustaleń na podstawie kopii specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty ACISA oraz gwarancji bankowej złożonej przez przystępującego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Oferta odwołującego jest – oprócz oferty przystępującego – jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne nie są sporne, spór dotyczy skutku prawnego wywodzonego z treści gwarancji bankowej, złożonej przez przystępującego tytułem wadium.

Izba zważyła, że wadium zostało wniesione przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU - wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu.

Wskazanie w formularzu oferty firmy wykonawcy jako Aernoaval Construcciones e Instalaciones SAU stanowi oczywistą omyłkę pisarską polegającą na przestawieniu liter „n” i „o”. Popelniona omyłka pozostaje bez jakiegokolwiek doniosłości prawnej dla oceny dokumentu gwarancji. Nie można tracić z oczu, że gwarancja zapłaty stanowi zobowiązanie wystawcy gwarancji (banku) wobec beneficjenta (zamawiającego) o charakterze abstrakcyjnym, oderwanym od stosunku podstawowego. Natomiast oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi oświadczenie woli wykonawcy, do którego wykładni znajduje zastosowanie art. 65 § 1 k.c. Okoliczności złożenia oferty - treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego wskazują, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia oraz złożył ofertę w badanym postępowaniu to Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU.

Bez znaczenia dla sprawy pozostaje okoliczność, że pełnomocnictwo do złożenia ofert zostało udzielone w imieniu podmiotu, którego forma prawna oznaczona jest jako S.A., podczas gdy ofertę i zabezpieczenie wadium złożył podmiot, którego forma prawna oznaczona jest jako SAU. Litery SA wskazują na prowadzenie działalności w formie spółki akcyjnej litera U zawiera dodatkowe oznaczenie, że jest to spółka jednoosobowa. Brak jest zatem podstaw do uznania, że pominięcie w firmie podmiotu jednej litery zawierającej dodatkową informację co do formy prawnej może mieć w okolicznościach sporu negatywny wpływ na możliwość identyfikacji podmiotu. Ocena tej kwestii została już wyrażona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2939/12, KIO 2942/12 wydanym w związku z tym samym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego i uznała, że gwarancja została wystawiona na potrzeby badanego postępowania. W treści gwarancji nie zostało wskazane inne postępowanie, ani inna nazwa postępowania. Różnica w oznaczeniu postępowania w treści gwarancji w stosunku do nazwy postanowienia nadanej przez zamawiającego polega jedynie na zamianie miejscami części elementów składających się na nazwę, co pozostaje bez wpływu na możliwość identyfikacji postępowania, w którym wadium zostało wniesione.

Brak w treści gwarancji innych danych identyfikujących postępowanie nie może przemawiać przeciwko przystępującemu, gdyż wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazywania w treści gwarancji danych takich jak numer referencyjny postępowania, data ukazania się

ogłoszenia o zamówieniu. *Nota bene* niespełnienie takich wymagań nie mogłoby być samoistnym uzasadnieniem dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, natomiast dane takie mogłyby być pomocne w razie trudności z ustaleniem postępowania, w którym wadium zostało wniesione. Wątpliwości takie nie zaistniały w sprawie.

Nie ma też żadnego znaczenia to, że wystawca gwarancji wskazał, że przetarg został ogłoszony, podczas gdy w dacie wystawienia gwarancji postępowanie było zaawansowane. Absurdalne byłoby oczekiwanie, że gwarancja będzie wystawiana przed wszczęciem postępowania lub, że będzie wskazywać w swej treści moment postępowania, nawet jeśli postępowanie składa się z kilku etapów.

Błędnie zarzuca odwołujący, że gwarancja złożona przez przystępującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Powołany jako podstawa prawna zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dotyczy natomiast treści gwarancji. Odrzuceniu na podstawie przywołanego przepisu podlega oferta niezgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem brak wniesienia wadium powoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Przyjmuje się w orzecznictwie, że wadium traktuje się tak, jakby nie zostało wniesione wtedy, gdy nie pozwala ono na zaspokojenie się zamawiającego w sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Przesłanki wymienione w przywołanych przepisach są wprost wymienione w treści gwarancji bankowej złożonej przez przystępującego. Zawarte w treści tej gwarancji stwierdzenie, że zapłata zostanie dokonana na pierwsze żądanie oraz nieodwoalnie i bezwarunkowo odpowiada wymaganiam zamawiającego opisanym w rozdziale XIV ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zbliża wadium w wniesione w formie gwarancji bankowej do wadium wniesionego w pieniądzu. Brak sformułowania w treści gwarancji, że wypłata nastąpi „bez jakichkolwiek zastrzeżeń” nie naraża w niczym interesów zamawiającego na szwank, skoro gwarancja jest płatna nieodwoalnie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie, a z jej treści nie wynikają żadne zastrzeżenia.

Również postanowienie, zgodnie z którym zwrot gwarancji przed upływem okresu jej ważności powoduje wygaśnięcie wadium, nie uchybia interesom zamawiającego. Okolicznością o charakterze notoryjnym, znaną Izbie z urzędu, jest fakt, że klauzule o takim lub zbliżonym brzmieniu są stosowane przez banki. Treść gwarancji wystawionej przez CAIXABANK S.A. Oddział w Polsce nie jest przypadkiem niespotykanym, ani odosobnionym. Zwrot gwarancji przed upływem jej ważności jest zdarzeniem prawnym całkowicie odrębnym od żądania zapłaty sumy gwarancyjnej - zaspokojenia się z gwarancji, do czego jest

wymagane złożenie oryginału gwarancji. Jedyne podobieństwo tych sytuacji wyraża się w tym, że w obu przypadkach bank wchodzi w posiadanie dokumentu gwarancji, jednak konsekwencje zwrotu gwarancji oraz żądania zapłaty na podstawie gwarancji są oczywiście inne.

Pismo Nordea Bank S.A. w Gdyni złożone na rozprawie przez odwołującego nie prowadzi do wniosków przeciwnych. Bank odniósł się w nim do swojej praktyki oraz własnej oceny, co nie dowodzi takiej samej praktyki innych banków, w szczególności CAIXABANK S.A. Oddziału w Polsce.

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 3, art. 89 ust 1 pkt 2 i 5 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c.

Wybierając ofertę przystępującego i nie wykluczając go z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Większa skrupulatność odwołującego w formułowaniu treści gwarancji oraz ponoszone przez niego koszty związane z dostarczeniem oryginału gwarancji z zagranicy, nie uzasadniają zarzutu nierównego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy gwarancja złożona przez przystępującego odpowiada prawu i spełnia wymagania zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**