

Sygn. akt KIO/UZP 1367 /08

WYROK
z dnia 5 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bożenę Nowak-Szymura** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **MiCOMP Systemy Komputerowe, ul. Astrów 7, 40-045 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Łódzkie** reprezentowane przez **Zarząd Województwa, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź** protestu z dnia **5 listopada 2008 r.**

przy udziale **ATMOTERM S.A. ul. Łangowskiego 4, 45-031 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Łódzkie reprezentowane przez Zarząd Województwa, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź 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 uiszczonego przez **Bożenę Nowak-Szymura prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MiCOMP Systemy Komputerowe, ul. Astrów 7, 40-045 Katowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Łódzkie reprezentowane przez Zarząd Województwa, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź** na rzecz **Bożeny Nowak-Szymura prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MiCOMP Systemy Komputerowe, ul. Astrów 7, 40-045 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bożeny Nowak-Szymura prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MiCOMP Systemy Komputerowe, ul. Astrów 7, 40-045 Katowice.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Łódzkie reprezentowane przez Zarząd Województwa Łódzkiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup systemów informatycznych do zarządzania informacjami środowiskowymi i opłatami za korzystanie ze środowiska”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 października 2008 roku pod pozycją 259781.

Zamawiający dnia 30 października 2008 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę ATMOTERM S.A. oraz o wykluczeniu Wykonawcy Bożena Nowak-Szymura prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MiCOMP Systemy Komputerowe z siedzibą w Katowicach (zwanym dalej Odwołującym).

Dnia 5 listopada 2008 roku Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu z postępowania Odwołującego, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz na wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez ATMOTERM S.A. z siedzibą w Opolu, czym naruszył ww. przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 5 Kodeksu cywilnego oraz interes prawny Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie:

- 1) ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, a tym samym przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty przy zastosowaniu kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, iż Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego stwierdził, że „Oferta Nr 2, złożona przez MiCOMP SYSTEMY KOMPUTEROWE z siedzibą w Katowicach przy ulicy Astrów 7 nie została zabezpieczona wadium. Przedstawiona przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa została złożona w formie kserokopii, co jest niezgodne z wymogami pkt 8 ppkt 5 SIWZ. W związku z powyższym ww. Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Twierdzenia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu decyzji wykluczenia Odwołującego z postępowania są jednak sprzeczne ze stanem faktycznym. Ustanowienie wadium jest czynnością prawną, a Odwołujący wykonał ją skutecznie przed terminem składania ofert w

formie dopuszczanej przez SIWZ, o czym Zamawiający dowiedział się we właściwym terminie, co wynika z kserokopii Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, na której Zamawiający potwierdził, że jest zgodna z oryginałem i że została złożona przed terminem składania ofert.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w przypadku wadium wnoszonego w innej formie niż pieniężna, oryginał dokumentu powinien być złożony w Wydziale ds. Zamówień Publicznych przed upływem terminu składania ofert, zaś do oferty należało załączyć potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię złożonego dokumentu. Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest bezpodstawne, gdyż Odwołujący wniósł wadium w formie Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (zwanej dalej UGP) przed upływem terminu składania ofert, tj. 16 października 2008 r. Kserokopię dokumentu Odwołujący załączył do oferty, którą złożył w dniu 20.10.2008 r. o godz. 9.06 w Wydziale ds. Zamówień Publicznych Zamawiającego. Jej zgodność z oryginałem potwierdziła Dyrektor firmy MiCOMP Bożena Nowak-Szymura oraz wpływ pracownik Wydziału ds. Zamówień Publicznych Zamawiającego pani Ewa Tylki, której przed złożeniem oferty przekazano oryginał dokumentu UGP.

Niezależnie od wyżej wymienionych faktów przytoczyć w tym miejscu należy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6.02.2006r. (sygn. Akt UZP/ZO-285/06), w którym stwierdzono: *„Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wniesienie wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy na warunkach określonych ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy). Wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego są postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Tą chwilą jest data wpłacenia na rachunek bankowy zamawiającego - gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu, lub data złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela lub gwaranta - gdy wadium jest wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji. Przepisy ustawy o terminie i formach wniesienia wadium nie uzależniają skutku prawnego wniesienia wadium od przedłożenia zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, ważne jest, aby było ono wniesione przed upływem terminu składania ofert (tak: wyrok ZA z dnia 23.09. 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1531/04, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5.10.2005r. sygn. akt UZO/ZO/0-2735/05. W świetle powyższego wadium jest wniesione z chwilą, gdy zostało wpłacone lub ustanowione”.*

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że z treści UGP nie wynika konieczność przedstawienia jej oryginału w celu wypłaty Beneficjentowi (Zamawiającemu) sumy gwarancyjnej, a jedynie oryginału wezwania do zapłaty oraz dokumentów poświadczających umocowanie osób, które

podpisały to wezwanie. Gwarancja spełnia więc funkcję zabezpieczającą bez względu na to, czy beneficjent ma jej oryginał czy wyłącznie kopię. Gdyby w treści gwarancji zostało zapisane, że gwarant wymaga przedłożenia oryginału gwarancji, wówczas wadium złożone jedynie w formie kserokopii byłoby wadliwe i oferent podlegałby wykluczeniu. W wyroku z dnia 19.01.2005 r. (UZP/ZO/0-27/05) Zespół Arbitrów orzekł: *"Dla dochodzenia przez beneficjenta roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej nie jest wymagane okazanie oryginału dokumentu gwarancji Przedmiotowa gwarancja również nie zawiera żadnej wzmianki o konieczności przedstawienia ubezpieczycielowi jej oryginału, a zatem należy stwierdzić, iż funkcja zabezpieczająca jaką w przedmiotowej sprawie miała pełnić gwarancja została spełniona bez względu na fakt posiadania jej beneficjenta oryginału czy też wyłącznie kopii"*.

Zastanawiające jest to, że z przyczyn obiektywnie rzecz biorąc czysto formalistycznych, w oderwaniu od rzeczywistego skutku prawnego, czynności Odwołującego (ustanowienie wadium) wykluczono ofertę o wartości brutto 384 300,00 zł, a wybrano o wartości 749 080, 00 zł, w sytuacji, gdy cena oferty brutto stanowiła 85 % wagi kryterium oceny ofert.

Dnia 6 listopada 2008 roku Zamawiający wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 7 listopada 2008 roku, Wykonawca ATMOTERM S.A. z siedzibą w Opolu zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie protestu i podtrzymanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należało rozumieć jako jego oddalenie.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 19 listopada 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty jak w proteście, żądając uwzględnienia odwołania przez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dopuszczenie dowodu z kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej (wadium),
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Dnia 24 listopada 2008 roku Wykonawca ATMOTERM S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Istotą badanego problemu jest fakt złożenia u Zamawiającego kopii, poświadczonej za zgodność z oryginałem, gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej potwierdzenie wniesienia wadium.

Stwierdzić należy, że ustawodawca nie podaje definicji wadium. Wskazane jest więc, dla określenia istoty tej instytucji posłużenie się definicją zawartą w art. 70⁴ § 1 k.c., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Funkcje wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy. Rola wadium kończy się w momencie zawarcia umowy. W ustawie - Prawo zamówień publicznych określono zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy jego wnoszenia, zasady zatrzymania wadium oraz jego zwrotu.

Wadium zabezpiecza ofertę, dlatego powinno być złożone przed upływem terminu składania ofert. Dowód wniesienia wadium może być zdeponowany w kasie zamawiającego bądź załączony do oferty - ustawa nie stawia ograniczeń w tym zakresie. Wadium powinno być wniesione na cały okres związania ofertą - przedstawienie gwarancji lub poręczenia na okres krótszy niż wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, w tym zakresie postanowił, że w przypadku wadium wnoszonego w innej formie niż pieniężna, oryginał dokumentu powinien być złożony w Wydziale ds. Zamówień Publicznych przed upływem terminu składania ofert, zaś do oferty należało załączyć potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię złożonego dokumentu.

Odwołujący w dniu wyznaczonym do składania ofert, o godzinie 9.06 okazał Zamawiającemu oryginał gwarancji ubezpieczeniowej. Kopię gwarancji, potwierdzoną za zgodność z oryginałem załączył do oferty. Na kopii znajduje się prezentata Zamawiającego potwierdzająca jej wpływ w dniu 20 października 2008 roku.

Ideą instytucji wadium są okoliczności enumeratywnie wymienione w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odnosząc się do postanowień gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty Odwołującego, skład orzekający Izby stwierdził, że nie wynika z jej treści obowiązek posiadania oryginału gwarancji w celu dokonania czynności zaspokojenia się Zamawiającego, w przypadku naruszeń, o których stanowi art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. 03 Nr 124, poz. 1151) do czynności ubezpieczeniowych zalicza się m.in. zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowych.

Jak trafnie wskazywał Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (I ACa 761/05) - Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ k.c.).

Jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. W praktyce życia gospodarczego gwarancja ubezpieczeniowa udzielana jest zazwyczaj na zlecenie dłużnika (kontrahenta) w celu wzmocnienia węzła obligacyjnego.

Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Przyjmuje się też, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej.

Realizacja roszczeń z gwarancji odbywa się w ten sposób, że Beneficjent w celu zrealizowania gwarancji powinien przedłożyć towarzystwu ubezpieczeniowemu pisemne

żądanie. Wtedy, pod warunkiem, że spełnione zostały warunki umowy, zostanie wypłacona gwarancja zwrotu zaliczki. Po wypłacie sumy gwarancyjnej przez towarzystwo ubezpieczeniowe beneficjentowi, zleceniodawca musi zwrócić towarzystwu tę kwotę. Termin i kwestie odsetek reguluje umowa.

Zdaniem Izby, załączenie kopii gwarancji do oferty, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium, wystąpił jedynie błąd, co do formy dokumentu potwierdzającego fakt jego wniesienia. Biorąc jednakże pod uwagę fakt, że Zamawiający miał świadomość, że oryginał takiej gwarancji istnieje, zdaniem Izby nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Podobne okoliczności, były również przedmiotem rozpoznania przez Zespół Arbitrów, wyrok z dnia 1 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1976/05, gdzie skład orzekający stwierdził, że *„Dołączenie kopii gwarancji bankowej poświadczonej za zgodność jest wystarczające dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla dochodzenia bowiem roszczeń wynikających z gwarancji bankowej niezbędne jest, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek zapisów ograniczających zakres odpowiedzialności gwaranta”*.

Podkreślić również należy, że Zamawiający nie udowodnił, że tylko i wyłącznie oryginał gwarancji ubezpieczeniowej może stanowić podstawę do wypłaty roszczenia zabezpieczonego tą gwarancją. Fakt „złego” doświadczenia z instytucjami ubezpieczeniowymi i bankami w sprawie wypłat z gwarancji będących w formie kopii, nie może stanowić dowodu w sprawie, zgodnie z przepisem art. 188 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też art. 6 ustawy Kodeks cywilny.

Wobec powyższego, na podstawie ustalonego stanu faktycznego sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut Odwołującego potwierdził się.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 Kodeksu cywilnego.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

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

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 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....