

**WYROK**

z dnia 1 kwietnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **23 marca 2011 roku** przez **Royal Software Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-402 Warszawa, ul. Erazma Ciołka 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Głównemu Urzędowi Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Royal Software Consulting Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-402 Warszawa, ul. Erazma Ciołka 10 i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert**
- 2. kosztami postępowania obciąża Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Royal Software Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-402 Warszawa, ul. Erazma Ciołka 10 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 na rzecz Royal Software Consulting Spółki z ograniczoną**

**odpowiedzialnością, 01-402 Warszawa, ul. Erazma Ciołka 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi serwisowe oprogramowania Oracle, stanowiącego element infrastruktury sieciowej systemu GEOPORTAL, w ramach Projektu Geoportal 2.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 marca 2011 roku wykonawca Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego się z postępowania i odrzuceniu jego oferty zarzucając rażące naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i wybrania oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się zwrotu kosztów postępowania, w tym zastępstwa według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 18 marca 2011 r. zamawiający zawiadomił oferentów o unieważnieniu postępowania, wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty. Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp tj. nie złożenie żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Dodatkowo zamawiający wskazał, iż wykluczył z postępowania m.in. odwołującego się z powodu nie wniesienia przez niego wadium do upływu terminu składania ofert. Jednocześnie na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 zamawiający uznał, iż ofertę odwołującego się, który został wykluczony uznaje się za odrzuconą.

Podając uzasadnienie faktyczne i prawne w treści zawiadomienia zamawiający wskazał, iż odwołujący się wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jednak dokument ten nie został podpisany. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 9 ustawy Pzp strony obowiązującej forma pisemna, co z kolei oznacza, że w przypadku złożenia dokumentu, który nie został podpisany nie zachowano formy pisemnej, przez co złożona gwarancja ubezpieczeniowa jest nieważna.

Odwołujący się zauważył, iż zamawiający słusznie nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w katalogu dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (zarówno pozytywnych, jak i negatywnych) oraz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, bowiem w katalogu tym nie znajduje się ani wadium, ani dokumenty będące w swej istocie formą wadium (np. gwarancja ubezpieczeniowa). Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa wyjaśnienia wątpliwości związanych z przedłożoną gwarancją i wystąpił do ubezpieczyciela o potwierdzenie, ewentualnie o wykluczenie ważności gwarancji. Zamawiający pamiętał bowiem, że przesłankę wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt. 2 musi udowodnić zamawiający. W ocenie odwołującego się nie jest zrozumiałe, dlaczego zamawiający wykluczył ofertę skarżącego, skoro uzyskał on od ubezpieczyciela jako wystawcy gwarancji potwierdzenie ważności złożonej gwarancji. Można domyślać się, iż o ile warunki merytoryczne wystawionej gwarancji - po uzyskaniu wyjaśnienia od ubezpieczyciela - czyli skuteczność gwarancji nie budziły wątpliwości Zamawiającego, który tym samym uzyskał zapewnienie, że oferta jest zabezpieczona, to warunki formalne złożonych dokumentów, w postaci braku podpisu wystawcy gwarancji, wzbudziły tak duże obawy po stronie Zamawiającego, że postanowił on wykluczyć oferenta i unieważnić postępowanie.

Odwołujący się stwierdził, że stanowisko zamawiającego nie jest słuszne, gdyż wystawiona i potwierdzona, co do skuteczności, autentyczności i warunków gwarancja wadialna w pełnym zakresie zabezpiecza interesy i ryzyko zamawiającego, który w razie ziszczenia się warunków wskazanych w gwarancji mógłby uzyskać wypłatę żądanej kwoty. Tym samym nie może zamawiający twierdzić, że wadium nie zostało wniesione i na tej podstawie dokonać wykluczenia Wykonawcy, gdyż jest to działanie niezgodne z prawem.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ „Termin związania ofertą” ust. 1 termin związania ofertą wynosi 30 dni. Bieg terminu składania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (ust. 2). Termin składania ofert, zgodnie z Rozdziałem XIII „Miejsce i termin składania ofert” ust. 1, upływał w dniu 22 lutego 2011 roku o godz. 12.00.

W rozdziale XVII SIWZ „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający wskazał m.in., że:

1. Wykonawca obowiązany jest wnieść wadium w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych).

2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:
  - 1) pieniądzu;
  - 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
  - 3) gwarancjach bankowych;
  - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
  - 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 roku Nr 42, poz. 275, z późn. zm.).
4. Za termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku zamawiającego.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium 998A 124154 z dnia 2011-02-08, wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną Oddział w Warszawie. Z treści gwarancji wynika, że gwarancja ważna jest w okresie od 22.02.2011 r. do 24.03.2011 r. i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie dostarczone do Gwaranta w ww. terminie. Gwarancja ta nie została podpisana przez osobę upoważnioną do wystawiania tego rodzaju dokumentów.

Zamawiający w celu weryfikacji ważności złożonej gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego się pismem z dnia 25 lutego 2011 r., znak Ldz. 420/02 wystąpił do ubezpieczyciela UNIQA z pytaniem, czy przedłożona przez odwołującego się gwarancja nr 998A124154 jest ważna i czy obejmuje ona ochroną zdarzenia wymienione w jej treści. W odpowiedzi ubezpieczyciel pismem z dnia 07.03.2011 r., znak IŻ-5049/G2-19.31/2011, zatytułowanym „Potwierdzenie ważności gwarancji ubezpieczeniowej” wskazał zamawiającemu, iż gwarancja jest ważna i skuteczna. Odpowiedź tę ubezpieczyciel przekazał do wiadomości odwołującego się, który - nie będąc wezwany przez zamawiającego - wystosował do zamawiającego pismo z dnia 07 marca 2011 r., w którym potwierdził, iż gwarancja jest ważna, a nadto do pisma załączył pismo z dnia 07.03.2011 r., polisę Nr 998A 124154, gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium 998A 124154 z dnia 18.02.2011 r., umowę generalną o gwarancje ubezpieczeniowe Nr 38/ROYAL SOFTWARE/01/2010, pełnomocnictwo UNIQA oraz informację e-mailową uzyskaną od UNIQA.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę**

**oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą przedmiotowego postępowania jest ocena, czy fakt dołączenia do oferty wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej, nie podpisanej przez wystawcę gwarancji uzasadnia stwierdzenie, że oferta odwołującego się nie została zabezpieczona wadium.

Izba przeanalizowała treść gwarancji ubezpieczeniowej i skonstatowała, że treść ta odpowiada przepisom ustawy Pzp oraz wymogom zamawiającego wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gwarancja nie zawiera niedozwolonych klauzul, mogących godzić w interesy zamawiającego i ważna jest w ustalonym przez zamawiającego terminie związania ofertą, tj. od 22 lutego 2011 roku do 24 marca 2011 roku. W tej sytuacji analizie prawnej zostanie poddany jedynie fakt nie podpisania dokumentu gwarancji przez osobę uprawnioną w imieniu ubezpieczyciela do podpisywania tego rodzaju dokumentów.

Umowa gwarancji ubezpieczeniowej i wykonywanie tej umowy należą do czynności ubezpieczeniowych, wymienionych w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 roku Nr 11, poz. 66 ze zmianami). Ustawa ta nie reguluje jednak zasad, na jakich winno zawierać się tego rodzaju umowy ani też warunków, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające fakt zawarcia takiej umowy. Niekiedy w piśmiennictwie przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa wywodzi się z umowy ubezpieczenia zawartej na rzecz osoby trzeciej.

Według art. 805 § 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 k.c. wyraźnie wskazuje, że umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na rzecz osoby trzeciej. W opisanym kształcie zakład ubezpieczeń, działając na zlecenie ubezpieczającego (wykonawcy), zobowiązywał się względem niego zapłacić ubezpieczonemu (zamawiającemu) określoną kwotę na wypadek zaistnienia określonego zdarzenia (zaistnienia okoliczności pozwalających na zatrzymanie zabezpieczenia).

Na tle przepisów Kodeksu cywilnego, zawarcie umowy ubezpieczenia następuje w chwili złożenia przez ubezpieczającego oferty i jej przyjęcia przez zakład ubezpieczeń. Dla

skuteczności zawarcia takiej umowy nie jest wymagana żadna forma kwalifikowana. Dokument gwarancji stanowi jedynie dowód (potwierdzenie) zawarcia umowy, podlegający ocenie zgodnie z zasadami z art. 74 K.c.

Przepisy nie precyzują formy gwarancji ubezpieczeniowej, niemniej praktyka obrotu wskazuje na zastosowanie formy pisemnej. Jest to uzasadnione zarówno ze względu na pewność obrotu prawnego, jak i na to, że zamawiający, jako uprawniony z gwarancji ubezpieczeniowej, nie jest stroną tej umowy oraz z uwagi na zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 78 § 1 zd. 1 K.c., mającym zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Brak zatem podpisu na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego się oznacza, że forma pisemna w tym przypadku nie została zachowana.

Niemniej jednak nie zachowanie formy pisemnej w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej nie oznacza, że gwarancja ta jest nieważna. W myśl bowiem art. 73 § 1 K.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Oznacza to, iż nieważność gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na nie zachowanie formy pisemnej miałyby miejsce wówczas, gdy – po pierwsze – konieczność zachowania formy pisemnej wynikałaby z przepisu ustawy oraz – po drugie – ustawa przewidywałaby rygor nieważności za nie zachowanie formy pisemnej dla tej czynności prawnej. Tymczasem, jak to już wyżej wskazano, żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie reguluje w żaden sposób formy gwarancji ubezpieczeniowej.

W ocenie Izby nieważności gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na brak formy pisemnej nie można dopatrywać się w przepisach ustawy Pzp. Ustawa Pzp co prawda w art. 9 ust. 1 wprowadza zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak jedynie w kilku przypadkach stanowi, że niezachowanie formy pisemnej wywołuje skutek w postaci nieważności danej czynności. Dotyczy to ofert, które zgodnie z art. 82 ust. 2 powinny być złożone pod rygorem nieważności w formie pisemnej oraz umów w sprawie zamówienia publicznego, dla których forma pisemna również została zastrzeżona *ad solemnitatem*. Należy zwrócić tu uwagę, iż dokument potwierdzający fakt wniesienia wadium nie stanowi oferty w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Pojęcie "oferta" w prawie zamówień publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się bądź to do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników, przy czym

załącznikami stanowiącymi elementy oferty są informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy Tak też stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku (III CZP 74/05).

Jak już wyżej wskazano, dokument gwarancji podlega ocenie zgodnie z zasadami z art. 74 K.c. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające zwracając się do ubezpieczyciela z pytaniem dotyczącym ważności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i uzyskał informację, że gwarancja jest ważna i zabezpiecza interesy zamawiającego we wszystkich przypadkach, przewidzianych ustawą Pzp. W

Zamawiający na rozprawie podnosił, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu kończył się w dniu 23 marca 2011 roku. W tym dniu odwołujący się złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający nie występował do odwołującego się o przedłużenie terminu związania ofertą, lecz odwołujący się mógł to sam uczynić.

Zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Termin związania ofertą w rozpoznawanym przypadku upływał w dniu 23 marca 2011 roku i jest to okoliczność bezsporna. Ponieważ – w myśl art. 111 § 1 K.c. – termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia – odwołanie zostało wniesione jeszcze w terminie związania ofertą. Termin ten kończył się bowiem wraz z upływem 23 marca 2011 roku. Stosownie zaś do cytowanego wyżej art. 182 ust. 6 ustawy Pzp wobec wniesienia odwołania termin ten został zawieszony do dnia ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Odwołujący się nie musiał zatem samodzielnie przedłużać terminu związania ofertą, gdyż bieg tego terminu został zawieszony z mocy prawa.

W przypadku wniesienia odwołania, w myśl art. 184 zd. 1 ustawy Pzp, zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie miał możliwości wezwania odwołującego się do przedłużenia ważności wadium z zachowaniem ustawowego terminu, niemniej jednak nie jest to okoliczność, z powodu której konsekwencje winien ponosić odwołujący się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego się o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a to z powodu nie przedłożenia do akt sprawy rachunków, co jest podstawą przyznania kosztów, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....