

Sygn. akt: KIO/UZP 983/09

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Władysława Leśko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany REMBUD, 33-540 Trzebinia, ul. Stojałowskiego 46B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Trzebinia, 32-540 Trzebinia, ul. Józefa Piłsudskiego 14** protestu z dnia 22 czerwca 2009r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Władysława Leśko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany REMBUD, 33-540 Trzebinia, ul. Stojałowskiego 46B

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Władysława Leśko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany REMBUD, 33-540 Trzebinia, ul. Stojałowskiego 46B,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Władysława Leśko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany REMBUD, 33-540 Trzebinia, ul. Stojałowskiego 46B.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 3.04.2009 r. Gmina Trzebinia, ul. Piłsudskiego 14, 32-540 Trzebinia (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2009/S 65-093224) postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na "Rewitalizacja miasta Trzebinia". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12.06.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykluczeniu z postępowania Władysława Leśko, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany REMBUD, ul. Stojałowskiego 46B, 33-540 Trzebinia.

W dniu 22.06.2009 r. Władysław Leśko (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2.07.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 13.07.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 i 46 Prawa zamówień publicznych, przez nieprawidłowe wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zamawiający bowiem uznał, że oferta wniesiona przez Odwołującego nie została zabezpieczona wadium (wadium nie spełnia wymogów Prawa zamówień publicznych i nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego), ponieważ w treści gwarancji zawarto tylko dwie z czterech przesłanek utraty wadium wymaganych art. 46 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w punkcie 12 zawarł informacje dotyczące wysokości wadium i form, w jakich może być ono wnoszone oraz wymogi co do miejsca i terminu jego wniesienia, natomiast w punkcie 12.1 SIWZ ogólnie wskazano, że Zamawiający zwraca wadium na zasadach określonych w art. 46 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wniósł wadium zgodnie z powyższymi postanowieniami, i nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ: skoro Zamawiający w przypadku wymagań dotyczących zwrotu wadium przywołał jedynie przepis art. 46 Prawa Zamówień Publicznych, to w ocenie Odwołującego, nie może wymagać od wykonawcy, a tym samym od banku, będącego gwarantem, by w szczegółowy i wyczerpujący sposób opisywał warunki zwrotu gwarancji.

Odwołujący również wskazał, że warunki zwrotu wadium nie przesądzają o ważności zabezpieczenia, a bank, który w oparciu o przedłożoną SIWZ wystawił gwarancję bankową do konkretnego zamówienia, zobowiązany jest do przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych, na podstawie których gwarancję taką wystawił.

Do protestu załączono pismo Banku Spółdzielczego w Chrzanowie, który gwarancję wystawił, zawierającego wyjaśnienia co do treści gwarancji: według Banku, skoro w SIWZ Urzędu Miasta w Trzebini brak było wskazania jaka ma być treść gwarancji bankowej w sposób jasny i precyzyjny - wskazano tylko, że ma to być gwarancja wadialna, a następnie odwołano się w sposób ogólny do art. 46 Prawa Zamówień Publicznych - to taka treść SIWZ nie spełnia wymogów art. 36 ustawy Prawa Zamówień Publicznych

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórzenie czynności badania i oceny ofert i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalając protest, nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, wskazując, że ustawodawca w sposób jednoznaczny określił zasady postępowania w przypadku zwrotu i zatrzymania wadium, nie ma zatem - zdaniem Zamawiającego - żadnych możliwości ich zmiany, czy też dowolnej interpretacji, zatem gwarancje wystawione przez Bank winny zabezpieczać interes Zamawiającego we wszystkich wskazanych w przytoczonym artykule sytuacjach.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny w zakresie podnoszonego zarzutu:

1. Zamawiający w SIWZ, w pkt. 10 określił wymagania co do formy wnoszenia zabezpieczenia, natomiast w pkt. 8.1. wskazał, iż "Zamawiający zwraca wadium na zasadach określonych w art. 46 ustawy "Prawo zamówień publicznych";
2. Odwołujący jako zabezpieczenie oferty złożył gwarancję bankową nr 0487713/G/05/09 z dn. 12.05.2009 r. wydanej przez Bank Spółdzielczy z siedzibą w Chrzanowie, w której treści podano, iż bank zobowiązuje się wypłacić wadium, jeżeli Odwołujący „odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy” (kopia w aktach sprawy).

Okoliczności, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, są wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych – Zamawiający ma prawo i obowiązek zatrzymać wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
- 2) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 3) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Spośród wymienionych wyżej przesłanek zatrzymania wadium w gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego, wymieniono tylko dwie.

Skład orzekający, po analizie, czy gwarancja bankowa o takim brzemieniu, jak gwarancja Odwołującego, stanowi prawidłowo wniesione wadium, na tak postawione pytanie odpowiedział negatywnie.

Nie ulega wątpliwości, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji.

Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe (Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa zamówień publicznych, Numer 2(17)/2008, s. 27 i n.).

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie popełnił błędu w SIWZ, wskazując w pkt. 8.1, iż "Zamawiający zwraca wadium na zasadach określonych w art. 46 ustawy "Prawo zamówień publicznych". Jest to rzeczywiście wskazanie ogólne, ponieważ nie wymienia *explicite* przesłanek zatrzymania wadium, ale jednak jednoznacznie odwołujące się do przepisu ustawy, określającego te przesłanki. Nie można więc twierdzić, że Zamawiający w jakikolwiek sposób wprowadził Odwołującego w błąd co do oczekiwanej przez siebie treści gwarancji, z którego to faktu Odwołujący mógłby ewentualnie wywodzić, iż nie może ponosić negatywnych konsekwencji na skutek działań zamawiającego niezgodnych z przepisami.

Zatem, skoro gwarancja ani nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, ani nie odwołuje się w sposób ogólny do przepisu art. 46 Prawa zamówień publicznych, ani nawet nie można twierdzić, że nieprawidłowa treść gwarancji wynika z niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, należało wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, stąd Zamawiający słusznie uczynił, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej s. 2), jedynie powinien podać szerszą podstawę prawną.

Powyższego poglądu co do wadliwości gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego w postępowaniu nie mogą zmienić wyjaśnienia zawarte w piśmie Banku Spółdzielczego w Chrzanowie z dn. 19.06.2009 r. O ile rzeczywiście oświadczenia Banku możnaby uznać za generalną wskazówkę co do możliwego sposobu interpretacji (jak się wydaje, zdaniem Banku błąd w gwarancji wynika z błędu popełnionego w SIWZ), to jednak taka wykładnia stoi w sprzeczności w bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i nie odpowiada charakterowi prawnemu gwarancji bankowej (jak już wyżej stwierdzono, zawiera ona zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w relacji do stosunku podstawowego). Na marginesie, należy zauważyć, że nie jest rzeczą Banku dokonywać oceny co do zgodności z Prawem zamówień publicznych wydanej przez Bank gwarancji bankowej, a Bank powinien dostosować obowiązujące u siebie regulacje do obowiązujących przepisów prawa.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jako podstawę prawną upatrywanego naruszenia przepisów powinien wskazać raczej art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (skoro oprotestowywał swoje wykluczenie w związku z niewniesieniem wadium) i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych, jednak ta konstatacja nie miała wpływu na rozpatrywanie zarzutów, ponieważ zdaniem składu orzekającego Odwołujący wystarczająco wyraźnie sprecyzował swoje zarzuty wobec czynności Zamawiającego, aby Izba mogła dokonać ich oceny pod kątem zgodności z prawem, a zresztą, jak już wyżej wskazano, Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania

nie podał pełnej podstawy prawnej czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Reasumując, nie stwierdzono naruszenia wskazywanych przez Odwołującego przepisów – art. 7 i 46 Prawa zamówień publicznych i oddalono odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....