

Sygn. akt KIO/UZP 757/09

**WYROK**  
z dnia 2 lipca 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Anna Majstrowicz

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Autobusów Solbus Sp. z o.o., 86-050 Solec Kujawski, ul. Powstańców 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Klonowica” Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5**, protestu z dnia 18 maja 2009 r.,

przy udziale **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Owińska, ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Fabrykę Autobusów Solbus Sp. z o.o., 86-050 Solec Kujawski, ul. Powstańców 7**

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 **Fabrykę Autobusów Solbus Sp. z o.o., 86-050 Solec Kujawski, ul. Powstańców 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 535 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści pięć złote zero groszy) przez **Fabrykę Autobusów Solbus Sp. z o.o., 86-050 Solec Kujawski, ul. Powstańców 7** na rzecz **Szczecińskiego Przedsiębiorstwa Autobusowego „Klonowica” Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabrykę Autobusów Solbus Sp. z o.o., 86-050 Solec Kujawski, ul. Powstańców 7.**

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

Zamawiający - **Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Klonowica” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę czterech sztuk fabrycznie nowych autobusów niskopodłogowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz. Urz. U.E. w dniu 18.03.2009 r. nr 20009 / S 53-076860.

Odwołujący - **Fabryka Autobusów Solbus Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim,** wniósł protest pismem z dnia 18 maja 2009 r. i wobec jego oddalenia pismem z dnia 27 maja 2009 r., wniósł w dniu 5 czerwca 2009 r. odwołanie, przekazując w tym dniu pismo Prezesowi UZP za pośrednictwem przesyłki kurierskiej Poczty Polskiej „POCZTEX”.

W proteście i odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- 1) niezasadne wykluczenie z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą na skutek przyjęcia, że gwarancja przetargowa zawierająca treść: „Żądanie zapłaty powinno być zgłoszone do Banku ... za pośrednictwem Banku prowadzącego Państwa rachunek, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu.”, jest sprzeczna z postanowieniami rozdziału 4 SIWZ ust. 6 pkt 1, które wykluczały pośrednictwo banku lub innej tego typu instytucji, mimo, iż odwołujący wniósł wadium w formie dopuszczonej przez zamawiającego, co narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp.,
- 2) wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie Osiedlu, mimo, że odwołujący złożył ofertę korzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, co narusza art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty Solaris Bus & Coach S.A.,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty odwołującego, skutkującej uznaniem, że odwołujący wniósł wadium zgodnie z określonymi wymaganiami i dokonanie merytorycznej oceny tej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i przyznanie kosztów odwołującemu, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w rozdziale 4 ust. 6 pkt 1 SIWZ zamawiający opisał wymagania dotyczące wniesienia wadium, w tym w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej. Odwołujący zastosował się do tego wymogu, składając gwarancję bankową udzieloną przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Bank zobowiązał się do zapłaty wymaganej kwoty, ale za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego, który potwierdzi, że podpisy osób złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, zawiadamiając o tym fakcie pismem z dnia 11 maja 2009 r., zarzucając wniesienie wadium obwarowane warunkami, a

mianowicie pośrednictwo banku zamawiającego i poświadczanie autentyczności podpisów zamawiającego.

Odwołujący zamieścił w odwołaniu wywód dotyczący dokonywania czynności prawnych i ich skuteczności na podstawie przepisów k.c. Wniósł o przeprowadzenie dowodów: z dokumentu – zaświadczenia banku BGŻ z dnia 14.05.2009 r., zeznań świadków – Michała S. i osoby odpowiedzialnej na szczeblu centrali banku za sporządzanie wzorców dokumentów gwarancji wadialnych, obaj z BGŻ i przesłuchania stron, na okoliczność spornej gwarancji wadialnej.

Zamawiający oddalając protest jako niezasadny podał, że złożona przez odwołującego gwarancja jest warunkowa, bowiem uzależnia zapłatę żądanej kwoty od pośrednictwa banku zamawiającego, który ma też poświadczyć autentyczność podpisów osób dokonujących czynności po stronie zamawiającego. Natomiast zamawiający żądał w SIWZ gwarancji bezwarunkowej.

W postępowaniu uczestniczył wykonawca - Solaris Bus & Coach S.A. przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wyjaśnił.

Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia, których celem było umożliwienie żądania zapłaty gwarancji w prosty sposób. Chodziło o maksymalne uproszczenie procedury. Odwołujący nie złożył w ofercie wymaganej gwarancji, bowiem z treści gwarancji wynika obowiązek poświadczenia autentyczności podpisów, a także tożsamości osób reprezentujących zamawiającego. Podniósł, że odwołujący niewłaściwie zinterpretował postanowienia SIWZ i gwarancji. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 868/08, z którego wynika, że nie można dokonać zmiany gwarancji po otwarciu ofert, a więc wszelkie dowody, które zostały zgłoszone w odwołaniu na tę okoliczność, nie mogą wnieść nic nowego do sprawy. Dodał, że w gwarancji odwołującego brak jest również zabezpieczenia interesu zamawiającego poprzez pominięcie treści art. 46 ust. 4a Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, w szczególności SIWZ, wybranej oferty oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jego oferta zawiera najniższą cenę spośród złożonych w postępowaniu ofert i gdyby zarzuty odwołującego okazały się słuszne, wówczas w razie przywrócenia odwołującego do

postępowania i nakazania zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert, oferta odwołującego, przy 85% znaczeniu ceny, jako kryterium oceny ofert, mogłaby być brana pod uwagę, jako najkorzystniejsza.

Jednak, w ocenie KIO, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1a Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu poprzez dokonanie opisanych przez zamawiającego czynności.

Wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo iż jej cena jest wyższa od ceny oferty odwołującego o 453 840 zł, tj. o około 93 000 zł netto w przeliczeniu na jeden autobus, nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Kontrola instancyjna czynności zamawiającego w toku rozpoznawania sprawy przez KIO, odbywa się na zasadzie legalizmu, tj. zgodności zaskarżonych czynności zamawiającego z prawem.

Odwołujący nie wykazał niezgodności czynności dokonanych przez zamawiającego w zakresie przedstawionym w odwołaniu.

W rozdziale IV SIWZ pt. Wadium, zamawiający zobowiązany na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, do zawarcia wymagań dotyczących wadium, opisał w ust. 6 pkt 1 tego rozdziału, że „W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

1) zobowiązanie gwaranta (np. banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty **nieodwoalnie i bezwarunkowo** na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) *zawierające oświadczenie*, że zaistniały okoliczności, o których mowa w ust. 4 lub 5 bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez Wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez Wykonawcę lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji”.

Z przytoczonych postanowień SIWZ wynika, że wymagania dotyczące wadium sprowadzały się do uzyskania uprawnień celem uruchomienia, w razie potrzeby, wadium w sposób prosty i bezpośredni. Wskazuje na to wyłączenie konieczności potwierdzania przez wykonawcę

okoliczności stanowiących podstawę żądania zapłaty, a także wyłączenie pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Gwarancję bankową nr 5910000000034940 z dnia 22 kwietnia 2009 r. wystawioną przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Jako adresata gwarancji wskazał zamawiającego (beneficjenta gwarancji). W treści gwarancji określił procedurę związaną z realizacją zapłaty przez zamawiającego, zamieszczając treść: „Żądanie zapłaty powinno być zgłoszone do Banku BGŻ za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”.

Treść tę pełnomocnik odwołującego zinterpretował na rozprawie w ten sposób, że zwrot „Żądanie zapłaty **powinno** być...” nie oznacza obowiązku zamawiającego do poddania się określonej procedurze, lecz tylko stosowne zalecenie. Końcowy efekt żądania zapłaty może być również osiągnięty, poprzez złożenie podpisów przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego przed uprawnionymi przedstawicielami banku lub przed notariuszem.

KIO uznała, że co do zasady, gwarancja została złożona wraz z ofertą. Co do tego faktu nie zachodzą wątpliwości i strony również nie podważały tej okoliczności.

Spór dotyczy wyłącznie sposobu zrealizowania gwarancji w drodze żądania zapłaty zgłoszonego przez zamawiającego.

KIO wzięła pod uwagę istotę gwarancji oraz cel jaki ma spełnić jako forma żadanego wadium. Wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ. Dysponowaniem wadium przez zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, jest możliwość żądania zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości zabezpieczeniu, czyli kwoty 90 000 zł.

Sposób uruchomienia zapłaty został dopuszczony w dokumencie gwarancyjnym poprzez zobowiązanie zamawiającego do skorzystania z pośrednictwa swojego Banku PKO S.A., który ma potwierdzić, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego.

Procedura zrealizowania zapłaty jest sprzeczna z treścią wymogu zawartego w postanowieniach SIWZ, gdyż, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie, którym nie zaprzeczył odwołujący, po pierwsze, wprowadza pośrednictwo banku zamawiającego, po drugie, wydłuża czas realizacji zapłaty, po trzecie, powoduje dodatkowe obciążenia finansowe zamawiającego – 0,2% kwoty wadium, jednak nie mniej niż 150 zł. A więc bank potrąci tę kwotę z wadium, czyniąc tym, że wypłacane

wadium stanowi niższą kwotę, niż żądał zamawiający lub zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wskazanej kwoty, tytułem prowizji banku od dokonanej usługi.

Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że zapłata ma nastąpić nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie o okolicznościach skutkujących zapłatą bez żadnych dodatkowych wymagań wobec wykonawcy, a przede wszystkim bez pośrednictwa banku lub innej tego typu instytucji.

W przedmiotowej sprawie zachodzi pośrednictwo w procedurze zapłaty, poprzez obowiązek włączenia banku zamawiającego do poświadczenia danych, które sprowadza się do wydania dokumentu potwierdzającego prawidłową reprezentację beneficjenta.

Przepis art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, na który powoływał się zamawiający podczas rozprawy, stanowi, że zrealizowanie zapłaty przez bank może nastąpić bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Prawo wyboru możliwości zapłaty, z wyłączeniem czynności innego banku, należy, zgodnie z treścią zobowiązującą przywołanego przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, do zamawiającego. Zamawiający dokonał wyboru możliwości, zawierając wymagania w rozdziale IV ust. 6 pkt 1 SIWZ.

Treść złożonej przez odwołującego gwarancji jest jednoznaczna i nie budząca wątpliwości. Wprowadzono w niej obowiązek pośredniczenia banku beneficjenta gwarancji w czynności uzyskania zapłaty. Gwarancji tej nie można nadać innej treści poprzez wyjaśnienia lub zeznania pracowników banku, czy poprzez jeszcze inną czynność.

Z tych przyczyn skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków – Michała S. i innego przedstawiciela banku na okoliczność wystawienia gwarancji bankowej. Materiał dowodowy w pełni pozwolił na rozstrzygnięcie sprawy, a zgłoszony dowód jest zbędny. Dalsze postępowanie dowodowe prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia sprawy.

Wobec nie spełnienia przez odwołującego wymagań SIWZ, odwołanie oddalono. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu - art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 2 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, z późn. zm.), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 233 zł i koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 302 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....