

Sygn. akt: KIO 1544/11

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawcę Promedicon Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia sp. z o.o., 30-868 Kraków, ul. Kurczaka 25

w postępowaniu prowadzonym przez Śląskie Centrum Chorób Serca, 41-800 Zabrze, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intech Sp. z o.o. (pełnomocnik) i Metrolog Sp. z o.o., z adresem dla pełnomocnika: 60-112 Poznań, ul. Kościańska 39 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Promedicon Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia sp. z o.o., 30-868 Kraków, ul. Kurczaka 25 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Promedicon Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania p.n.: Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (moduł C) – utworzenie ogólnopolskiego centrum kliniczno-naukowego transplantacji płuc i serca oraz leczenia mukowiscydozy u dorosłych i dzieci.

Wykonawca Promedicon Biuro Konsultingowe Rozwoju Budownictwa Służby Zdrowia sp. z o.o. w Krakowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa pzp”) stwierdzając, że złożona przez niego oferta została prawidłowo zabezpieczona wymaganym wadium – Ubezpieczeniową gwarancją przetargową Nr KR/GP/02/02/2011 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie decyzji o wykluczeniu go z postępowania i dokonanie powtórnej oceny oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu z najniższą ceną.

Uzasadniając zarzut wskazał, że wniósł wymagane wadium w formie przewidzianej w art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy pzp tj. gwarancji ubezpieczeniowej. Do oferty załączył kserokopię wskazanego dokumentu potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Wskazał, że przedmiotowa gwarancja zawiera wszystkie niezbędne oświadczenia stanowiące o prawidłowości zobowiązania Gwaranta wobec Beneficjenta. Zauważył, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu go z postępowania w oparciu o treść postanowienia pkt 7 uznając, że wadium nie zostało wniesione do upływu terminu składania ofert. Wskazał na treść gwarancji, z której wynika, że gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie bezwarunkowo wypełnić swoje zobowiązanie zapłaty gwarantowanej sumy na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta (zamawiającego) w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w przepisach ustawy pzp, a gwarant nie uzależnia wypłaty kwoty objętej gwarancją od przedstawienia przez zamawiającego oryginału dokumentu gwarancji. Odwołujący stwierdził, że gwarancja jest jednostronnym zobowiązaniem gwaranta, podejmowanym na wniosek wykonawcy, tworzącym stosunek prawny, w którym podmiotem zobowiązanym do świadczenia jest gwarant, a podmiotem uprawnionym beneficjent, co oznacza że jedynie beneficjent może swoim uprawnieniem dysponować. W konsekwencji tylko zwrot gwarancji dokonany przez beneficjenta gwarancji może prowadzić do jej wygaśnięcia przed upływem

okresu ważności. Natomiast zwrot oryginału dokumentu przez wykonawcę (zleceniodawcę) – gdyby nawet doszło do takiego zdarzenia – pozostaje bez wpływu na byt stosunku prawnego nawiązanego w wyniku udzielonej gwarancji. Wskazał na orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11.01.2006 sygn. akt I ACA 761/05, z którego wynika, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową opartą na zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, a obowiązek zapłaty po stronie gwaranta składającego oświadczenie woli jest zobowiązaniem nieodwołałym i bezwarunkowym. Odwołujący zauważył, że ustawa pzp ani siwz nie formułują szczególnych wymagań dla gwarancji, w szczególności zamawiający nie żądał złożenia gwarancji wadialnej w oryginale. Na poparcie stanowiska odwołujący wskazał na wyroki KIO sygn. akt KIO 628/11 i KIO 1514/10.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając, że wykonawca nie wniósł wymaganego wadium i podlega wykluczeniu. Wskazał na treść gwarancji, z której wynika, że gwarancja wygasa również w przypadku zwrotu oryginału gwarancji do gwaranta. Stwierdził, że nie będąc w posiadaniu oryginału gwarancji, nie wie, czy nie została ona zwrócona do gwaranta i czy oferta jest zabezpieczona wadium. Wskazał, że treść gwarancji wskazuje na możliwość zwrotu oryginału przed upływem terminu ważności gwarancji przez którąkolwiek ze stron, w tym również wykonawcę. Powołał wyrok KIO sygn. akt KIO 2077/10 oraz KIO 1788/10.

Zamawiający stwierdził, że gwarancja ubezpieczeniowa nie jest jednostronnym zobowiązaniem gwaranta lecz umową zawierana między gwarantem a ubezpieczającym (wykonawcą) mającą charakter umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Nie ma podstaw do przyjęcia, że wykonawca nie ma prawa do dokonania zwrotu dokumentu gwarancji. Zamawiający stwierdza, że to raczej wykonawca jest podmiotem czynności zwrotu gwarancji powodującej jej wygaśnięcie i nie ma wystarczających przesłanek by uznać, że to tylko zamawiający – beneficjent może dokonać jej zwrotu lub też, że tylko zwrot oryginału dokonany przez beneficjenta spowoduje skutek w postaci jej wygaśnięcia. Wskazał również, że kwestia nieodwołalności gwarancji nie ma związku z kwestią zwrotu oryginału gwarancji jako dotycząca innego stanu faktycznego i służąca innemu celowi. Stwierdził, że gdyby w treści przedłożonej gwarancji nie było spornego zastrzeżenia o zwrocie oryginału gwarancji, to uznałby kopię dokumentu gwarancji za wystarczającą. Z uwagi na wskazaną treść uznał, że wadium nie zostało wniesione.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania podzielając stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu pomiędzy stronami jest, czy zamawiający - w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, uwzględniając treść kopii gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty odwołującego był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przyjmując, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium.

Odnosząc się do tezy sformułowanej przez odwołującego, iż wnioś wadium w okolicznościach faktycznych sprawy prawidłowo, zatem jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było nieuzasadnione, Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy pzp (art. 45, art. 46 , oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) przede wszystkim posługują się kategorią „wniesienia wadium”. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy - zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z pojęciem – „ustanowienia” wadium. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez wniesienie wadium w takim przypadku należy uznać, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. Biorąc pod uwagę treść postanowienia ujętego w punkcie 7 gwarancji ubezpieczeniowej o treści: „7. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku zwrotu oryginału niniejszej Gwarancji do Gwaranta” należy zauważyć, że jako jedną z okoliczności skutkujących wygaśnięciem gwarancji przed upływem terminu jej ważności wskazano zwrot oryginału dokumentu gwarancji i jest to zdarzenie niezależne od przesłanek wypłaty z tytułu gwarancji określonych w pkt 5 gwarancji, które rzeczywiście nie wskazują na wymóg przedstawienia gwarantowi przy żądaniu zapłaty, oryginału dokumentu gwarancji. Zatem słusznie podniósł zamawiający, iż złożenie przez odwołującego w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji bankowej uwzględniając treść przywołanej przesłanki wygaśnięcia gwarancji, nie może być uważane za skuteczne wniesienie wadium, zamawiający nie miał bowiem pewności co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert, lub w dacie późniejszej, nie został zwrócony do wystawcy, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała zabezpieczona wadium. Zatem, jeżeli zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła w wyniku jej zwrotu. Należy przy tym podzielić pogląd, że z treści dokumentu nie sposób wywodzić, że zwrotu dokumentu może dokonać wyłącznie beneficjent; uzasadnione jest zatem twierdzenie, że zwrotu oryginału gwarancji może dokonać ten podmiot, który nim rzeczywiście dysponuje, a w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie jest nim zamawiający.

Trzeba w tym miejscu także podkreślić, że zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą.

W opinii Izby obowiązkiem odwołującego było dochowanie należytej staranności przy wnoszeniu wadium, zauważając, że okoliczność wniesienia wymaganego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być niesporna, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie nie podlegają wyjaśnieniu w sposób przewidziany dla treści oferty na zasadach art. 87 ust. 1 ustawy lub wyjaśnianiu treści dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 ustawy pzp). Zatem załączona do oferty kserokopia gwarancji bankowej w świetle powołanej treści pkt 7 zobowiązania gwarancyjnego nie może stanowić podstawy do uznania, że wniesiono wadium.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: