

WYROK

z dnia 10 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2011r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano – Instalacyjne „Budomax” Biały, Kuźniar Spółka Jawna, 35-025 Rzeszów, ul. Jagiellońska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Rzeszowski, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Stand" Sp. z o.o., Spółdzielnia Rzemieślnicza "Budowlani", 36-004 Łąka, Łąka 417a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Powiat Rzeszowski, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Instalacyjne „Budomax” Biały, Kuźniar Spółka Jawna, 35-025 Rzeszów, ul. Jagiellońska 9** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Powiatu Rzeszowskiego, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano – Instalacyjnego „Budomax” Biały, Kuźniar**

Spółka Jawna, 35-025 Rzeszów, ul. Jagiellońska 9 kwotę **10 000 zł 00 gr** słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie elewacji pałacu i pawilonu wraz z robotami towarzyszącymi w Zespole Pałacowo-Parkowym w Tyczynie.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 marca 2011 r., pod nr 98417-2011.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska podnosi, iż co prawda przedłożona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa w swojej nazwie wskazuje jako beneficjenta Starostwo Powiatowe w Rzeszowie, jednakże treść gwarancji precyzyjnie określa przedmiot zamówienia oraz wysokość sumy gwarancyjnej określonej przez Zamawiającego w § 9 ust.1 rozdziału 1 SIWZ. W ocenie Odwołującego, wskazanie Starostwa Powiatowego w Rzeszowie, zamiast Powiatu Rzeszowskiego nie oznacza nieprawidłowości wystawionej przez PZU S.A. gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z ustawą z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Starostwo Powiatowe jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, powołaną do obsługi między innymi Zarządu Powiatu. W związku z powyższym nie jest podmiotem prawa co oznacza, że nie zachodzi prawdopodobieństwo zaspokojenia innego podmiotu prawa z przedstawionej gwarancji, mimo wskazania w niej Starostwa jako beneficjenta przedmiotowej gwarancji. W tym przypadku, oznaczenie jako beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej, wnoszonej jako wadium, urzędu Starostwa Powiatowego, zamiast będącej Zamawiającym w postępowaniu, właściwej jednostki samorządu terytorialnego, nie wyczerpuje hipotezy powołanego przepisu i tym samym nie uprawnia do zastosowania jego dyspozycji. W szczególności powyższe nie prowadzi do „nieważności” gwarancji ubezpieczeniowej czy niemożności zaspokojenia się Zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie jest możliwe uznanie wadium za niewniesione i wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, nie budzi również wątpliwości, iż Starostwo Powiatowe, poza wyjątkami wynikającymi z przepisów szczególnych, nie ma zdolności sądowej zarówno do bycia pozwanym, jak i powodem w zakresie sporów sądowych, w tym również wynikłych na tle realizacji i dochodzenia uprawnień z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej. Mając na uwadze aktualne orzecznictwo

KIO (wyrok z dnia 8 października 2009 r., sygnatura akt: KIO/UZP 1401/09, wyrok z dnia 20 marca 2009 r., sygnatura akt: KIO/UZP 266/09) Odwołujący stwierdza, że czynność Zamawiającego jest niezgodna z prawem.

Nadto, Odwołujący podkreśla, iż wybór oferty droższej o 1 049 682,59 zł w stosunku do oferty Odwołującego skutkuje nieracjonalnym wydatkowaniem środków Unii Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Powiat Rzeszowski. W § 9 rozdziału 1 SIWZ Zamawiający ustanowił wymagania dotyczące wadium, wskazując m.in. wysokość wymaganego wadium i dopuszczalne formy jego wniesienia, w tym gwarancję ubezpieczeniową i bankową.

Do oferty Odwołującego został dołączony dokument gwarancji ubezpieczeniowej o nr GWo/23/2010-061-35-06, z którego wynika, iż beneficjentem niniejszej gwarancji jest Starostwo Powiatowe w Rzeszowie, a *„gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu na „Wykonanie elewacji pałacu i pawilonu wraz z robotami towarzyszącymi w zespole pałacowo-parkowym w Tyczynie” ogłoszonym przez Beneficjenta”* (§ 1 ust. 2). Dalej, w § 2 ust. 1 przedmiotowej gwarancji znajdujemy postanowienie zgodnie z którym, *„biorąc pod uwagę fakt, że Oferent składa Beneficjentowi ofertę w przetargu wymienionym w § 1 ust. 2, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 63.000,00 zł – suma gwarancyjna”*.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż *„złożone przez wykonawcę wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jako beneficjenta gwarancji wskazuje Starostwo Powiatowe w Rzeszowie, podczas gdy zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Powiat Rzeszowski. W świetle powyższego należy uznać, że wadium nie zostało wniesione na rzecz zamawiającego, a tym samym zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania”*.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp objęta jest okoliczność niewniesienia wadium do upływu określonych w tym przepisie terminów. Jednakże brak wniesienia wadium w określonym terminie nie jest, w opinii Izby, jedyną okolicznością, którą należy uznać za równoznaczną z niewniesieniem wadium. Zważywszy na charakter przepisów normujących instytucję „wadium” (*ius cogens*) oraz cel omawianej instytucji (zabezpieczenie zamawiającego w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp), stwierdzić należy, iż z niewniesieniem wadium będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, gdy wadium nie zostanie wniesione w wysokości określonej przez zamawiającego lub w dopuszczalnej przez ustawę formie, a także jeśli nie będzie stanowiło

zabezpieczenia zamawiającego, a nadto, jeżeli zabezpieczenie nie będzie obejmowało wypadków wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Istotne, z punktu widzenia analizowanego stanu faktycznego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wadium zabezpiecza Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a więc, czy w istocie jest on beneficjentem badanej gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Izby, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia kilka argumentów. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. Ustawa o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1151 ze zm.), czynnościami ubezpieczeniowymi, o których mowa w ust. 1 (tj. związane z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych) jest m.in. zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych, a także wykonywanie tych umów. Konsekwencją zaliczenia przez ustawodawcę gwarancji ubezpieczeniowych do umów jest zaś konieczność odwołania się do reguł wykładni oświadczenia woli, o których mowa w art. 65 k.c. Wskazany przepis daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób.

Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Jest to między innymi efekt spostrzeżenia, że osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast, w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny.

Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli. Uwzględnienie celu umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt jego wyartykułowania przez wystawcę gwarancji (gwaranta) w § 1 gwarancji, w sytuacji, gdy strony nie miały wątpliwości, jakiego podmiotu ma dotyczyć ochrona, tym bardziej, że istota i sens udzielenia gwarancji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jasny, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione.

Nieuprawnionym jest pominięcie rzeczzonego kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym postępowaniu. Nadto, odwołanie się przez gwaranta do beneficjenta, jako podmiotu, który ogłosił i prowadzi wskazane w treści gwarancji postępowanie, któremu oferent złoży ofertę i na rzecz którego gwarant zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną pozwala na przyjęcie, przy uwzględnieniu kontekstu językowego, iż oznaczone jako beneficjent Starostwo Powiatowe nie jest podmiotem tożsamym z beneficjentem, o którym mowa w treści gwarancji, iż prowadzi postępowanie i któremu złożono ofertę. Wynikające stąd sprzeczność i w istocie brak tożsamości pomiędzy tymi podmiotami, jakkolwiek nie występuje w ujęciu literalnym, podlega usunięciu w drodze wykładni, jednakowoż bowiem jest nie do pogodzenia, przy uwzględnieniu celu umowy i profesjonalnego charakteru podmiotu ubezpieczyciela, zobowiązanego do zachowania należytej staranności i obciążonego skutkami jej niezachowania w sytuacji, w której intencje drugiej strony umowy nie budzą wątpliwości (prawidłowe zabezpieczenie Zamawiającego).

Przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (wyrok SN z dnia 04.06.2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, niepubl.). W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującego i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem.

Za nietrafne należy uznać argumenty Zamawiającego co do zdolności sądowej i procesowej oraz legitymacji czynnej w procesie. Oczywistym jest, iż ewentualną legitymację czynną do występowania w procesie posiada Powiat Rzeszowski i na wypadek sporu tak należałoby oznaczyć powoda. Zaś, o uwzględnieniu lub oddaleniu powództwa sąd rozstrzygnąłby w wyniku ustalenia, kto jest uprawnionym z tytułu gwarancji, a przesądzenie tej kwestii nie ogranicza się jedynie do analizy literalnej treści przedmiotowej gwarancji, ale rodzi konieczność sięgnięcia do reguł wykładni, o których była mowa wyżej (wyrok SN z dnia 16.12.2009 r., sygn. akt I CSK 281/09, Lex).

Bezspornym w niniejszej sprawie jest, że Starostwo Powiatowe i Powiat Rzeszowski to dwa odrębne podmioty. Fakt wskazania nr NIP i REGON Starostwa, w kontekście zaprezentowanych wywodów, nie niweczy zdaniem Izby, wyników dokonanej wykładni.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do podmiotowej ochrony, wynikającej z treści spornej gwarancji, miał możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie w tym względzie w żadnym razie nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż brak było podstaw do żądania wyjaśnień, bowiem treść gwarancji nie

budziła wątpliwości. Jak wskazano wyżej, oznaczenie beneficjenta w części początkowej gwarancji (wymienienie nazwy) a odwoływanie się do beneficjenta w dalszej części, poprzez czynności przez niego dokonywane (prowadzenie postępowania) lub wobec niego podjęte (złożenie oferty) wskazuje na oczywistą sprzeczność.

Nadto, co również istotne, Odwołujący dokonując, na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, uzupełnienia braków formalnych odwołania (pismo z dnia 28 kwietnia 2011 r.), dołączył oświadczenie Gwaranta, z którego wynika, iż sporna gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na rzecz Starostwa Powiatowego w Rzeszowie stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium w niniejszym postępowaniu na rzecz Powiatu Rzeszowskiego, zaś „*gwarant zobowiązuje się do wypłacenia sumy gwarancyjnej na żądanie Zamawiającego Powiatu Rzeszowskiego.*”

Brak podstaw do uznania, iż Odwołujący nie wniósł wadium powoduje, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za wadliwą, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 ustawy Pzp znajduje uzasadnienie. Podobnie należy ocenić, z powyższych przyczyn, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Nie znalazł zaś potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie są objęte hipotezą normy we wskazanym przepisie zawartej. Oferta nie została bowiem złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: