

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: ATU Sp. z o.o., TEHAND Sp. z o.o., ul. Zembrzycka 112b, 20-445 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie, ul. Lubelska 50, 08-400 Garwolin,**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 36, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: ATU Sp. z o.o., TEHAND Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: ATU Sp. z o.o., TEHAND Sp. z o.o.** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Siedlcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Dostawę aparatury, sprzętu medycznego i innego wyposażenia dla SP ZOZ w Garwolinie w ramach projektu „Zakup wyposażenia do Szpitala Powiatowego w Garwolinie w celu podniesienia jakości usług medycznych oraz zwiększenia możliwości diagnozowania.*

W dniu 25 marca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: ATU Sp. z o.o. i TEHAND Sp. z o.o. wnieśli odwołanie od czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że Konsorcjum nie załączyło do oferty ważnego dowodu wniesienia wadium.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem rozdziału IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wadium należało wnieść przed upływem terminu składania ofert tj. 28 grudnia 2010 r. do godz. 9.30. (termin ten został następnie zmieniony na dzień 7 stycznia 2011 r.), a dowód wpłaty wadium – oryginał lub kserokopia przelewu bądź gwarancji potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, musi być dołączona do oferty. Odwołujący załączył do oferty kopię Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG06/0286/11/0001, poświadczając ją za zgodność z oryginałem.

Odwołujący podniósł, że w pierwotnym terminie związania ofertą Zamawiający nie podjął żadnych czynności w związku z oceną oferty Odwołującego się w zadaniu 36, w tym w szczególności w zakresie braku wniesienia wadium i pismem z 7 marca 2011 r. zwrócił się do Odwołującego się z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni i przedłużenie ważności bądź wniesienie nowego wadium. Następnie, pismem z 16 marca 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawcę o wykluczeniu z postępowania, powołując się na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i wskazując jako podstawę podjętej czynności wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 959/10).

W ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia z postępowania została dokonana z naruszeniem prawa. Zamawiający w treści SIWZ dopuścił możliwość złożenia dowodu wniesienia formie wadium w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez

wykonawcę, w związku z czym powoływanie się na wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2010 r. o odmiennym stanie faktycznym wskazuje na dokonanie czynności sprzecznie z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przepisami prawa.

Odwołujący wskazał, że cytowany w informacji o wykluczeniu wyrok na str. 4 uzasadnienia wskazuje na postanowienia SIWZ, w których wymagane było aby *wadium wnoszone w formie poręczenia bankowego lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości zostało złożone w formie oryginału (...)*. Zatem uznanie istnienia podstaw do wykluczenia na podstawie cytowanego orzeczenia, gdzie ówczesny zamawiający, odmiennie niż zamawiający w niniejszym postępowaniu, żądał dostarczenia oryginału dokumentu zabezpieczającego wniesienie wadium, jest nadużyciem. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał na możliwość dołączenia do oferty kserokopii gwarancji poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i Odwołujący w takiej formie dokument załączył, co w konsekwencji stało się podstawą do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący podniósł, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wiąże zarówno zamawiającego jak i wykonawcę, a jakiegokolwiek wątpliwości powinny być przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy. W przeciwnym razie należałoby domniemywać, że Zamawiający zawierając w treści SIWZ możliwość złożenia gwarancji wadialnej w formie kserokopii miał na celu wyeliminowanie wykonawców z postępowania.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do wskazania w treści SIWZ wymagań dotyczących wadium, a zatem w tej części SIWZ zamawiający winien doprecyzować kwestie, które zawarto już w przepisach ustawy Pzp (w art. 45 i 46 ustawy) oraz uregulować kwestie, które nie zostały tam ujęte. Szczegółowe regulacje zawarte w art. 45 i 46 ustawy nie dotyczą kwestii związanych z formalnym sposobem przekazania zamawiającemu dokumentu potwierdzającego zabezpieczenie oferty, tym samym brak wyraźnego przepisu w tym zakresie daje Zamawiającemu prawo do wyartykułowania swoich oczekiwań od wykonawców. Tym samym SIWZ w zakresie sposobu dostarczenia dokumentu gwarancji wadialnej staje się dokumentem wiążącym i niepodważalnym na tym etapie postępowania, przez którąkolwiek ze stron, w tym również przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przedłożona wraz z ofertą kopia gwarancji wadialnej jest dowodem wniesienia i istnienia zabezpieczenia wadialnego na dzień składania ofert.

Przedstawiona kopia gwarancji jest ważna i zawiera wszystkie wymagane przepisami prawa uregulowania.

Ponadto, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że pojęcie *zwrot* jest pojęciem ściśle zdefiniowanym w ustawie Pzp i może nastąpić w określonych w tej ustawie okolicznościach. Zwrot dokumentu może nastąpić jedynie przez podmiot do tego uprawniony, a więc beneficjenta, na rzecz którego gwarancję wystawiono, czyli Zamawiającego. Zatem twierdzenia, na które powołuje się Zamawiający o rzekomym braku zabezpieczenia ewentualnych swoich roszczeń z tytułu zatrzymania wadium na skutek zwrotu gwarancji przez wykonawcę są nieuzasadnione. Jedynym uprawnionym do zwrotu dokumentu przed upływem okresu obowiązywania gwarancji jest Zamawiający w ściśle określonych przepisami okolicznościach.

Zabezpieczenie interesów Zamawiającego w związku z wadium natomiast wiąże się z instytucją zatrzymania wadium. Okoliczności uprawniające do zatrzymania wadium wymienione w treści przepisu art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 są enumeratywnie wymienione w treści gwarancji, natomiast procedura zwrócenia się do Towarzystwa Ubezpieczeniowego o wypłatę należnego wadium określona jest w pkt. 4 i 5 dokumentu gwarancyjnego. Gdyby zatem Zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium, jest zobowiązany do złożenia na piśmie żądania, podpisanego przez samego beneficjenta lub osoby uprawnione wraz z oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium, w określonym terminie ważności gwarancji. Nie ma zatem mowy o konieczności dostarczenia oryginału dokumentu gwarancyjnego, aby móc skorzystać z uprawnienia dotyczącego zatrzymania wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert w zakresie zadania 36 i wyboru oferty najkorzystniejszej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć dowód wpłaty wadium – oryginał lub kserokopię przelewu bądź gwarancji potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Pismem z 16 marca 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie załączył do oferty ważnego dowodu wniesienia wadium. Wykonawca przedłożył kopię ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty

wadium Nr 02GG06/0286/11/0001, poświadczoną za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę. Gwarancja w swej treści w pkt 6 ppkt 1 zawiera postanowienie, iż: *Gwarancja wygasa z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności*. Zamawiający podał, że wprowadzie w SIWZ widnieje zapis, iż wykonawca może złożyć kopię gwarancji, to jednak zgodnie z wyrokiem KIO z 10 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 959/10, jeżeli zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła na skutek jej zwrotu.

Jednocześnie Zamawiający nie poinformował Odwołującego ani o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w części 36, ani o unieważnieniu postępowania w tym zakresie. Tymczasem w protokole z postępowania (druk ZP-1/PN) dotyczącym części 36, zamieszczona została informacja, że postępowanie w tej części zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie wskazano wykluczenie wykonawcy z niższą ceną oraz fakt, że cena oferty wykonawcy, który pozostał w postępowaniu, przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny. Istotą sporu jest ocena prawna załączonego do oferty dowodu wniesienia wadium. Zdaniem Izby, ocena dokonana przez Zamawiającego była błędna, a w konsekwencji brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący prawidłowo wniósł wadium i udokumentował ten fakt. Wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a dowodem jego wniesienia przed upływem terminu składania ofert była poświadczona za zgodność przez wykonawcę kopia tej gwarancji, załączona do oferty. Twierdzenia Zamawiającego o związanym z nieprzedstawieniem oryginału gwarancji wadialnej ryzyku wystąpienia w przyszłości niemożliwości zaspokojenia ewentualnych roszczeń, Izba uznała za bezpodstawne.

Z treści gwarancji wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie. Jednocześnie pkt 4 gwarancji stanowi, że zapłata nastąpi w terminie do 30 dni od doręczenia przez beneficjenta gwarancji pisemnego

żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Pzp. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że gwarant nie może uzależniać wypłaty kwoty objętej gwarancją od przedstawienia przez Zamawiającego oryginału gwarancji.

Izba nie dopatrzyła się ryzyka niemożliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w postanowieniu punktu 6.1 gwarancji, zgodnie z którym gwarancja wygasa z chwilą jej zwrotu przed upływem terminu jej ważności. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej, zawierana przez wykonawcę, tworzy stosunek prawny, w którym stroną zobowiązaną do świadczenia jest gwarant (zakład ubezpieczeń), a podmiotem uprawnionym – beneficjent, czyli zamawiający. Należy stwierdzić, że jedynie podmiot uprawniony ze stosunku gwarancji może swoim uprawnieniem dysponować, zatem tylko zwrot gwarancji dokonany przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) może prowadzić do jej wygaśnięcia przed upływem okresu ważności, natomiast zwrot oryginału dokumentu przez wykonawcę (zleceniodawcę) pozostaje bez wpływu na byt stosunku prawnego nawiązanego w wyniku zawarcia umowy. Nie wydaje się możliwe, aby zakład ubezpieczeń mógł skutecznie uchylić się od spełnienia świadczenia w przypadku zajścia zdarzenia objętego gwarancją, podnosząc zarzut jej wygaśnięcia na skutek zwrotu oryginału dokumentu przez wykonawcę. Podkreślić bowiem należy, że gwarancja jest nieodwołalna, co wynika wprost z jej treści, zatem zachowanie się wykonawcy (zwrot gwarancji), nie może rodzić skutków prawnych. Powyższe potwierdza przedstawione przez Odwołującego na rozprawie pismo członków zarządu gwaranta, w którym stwierdza się, że *zwrot gwarancji przed upływem okresu jej ważności (pkt 6.1.), a tym samym jej wygaśnięcie przed upływem terminu ważności, jest skuteczny jedynie w przypadku zwrotu przez podmiot uprawniony a więc beneficjenta gwarancji.*

Niezależnie jednak od powyższego, decydujący dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest fakt, że możliwość złożenia przez wykonawców kopii gwarancji ubezpieczeniowej, została przez Zamawiającego przewidziana w postanowieniach SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie miał prawa kwestionować dowodu wniesienia wadium, przedstawionego w dopuszczonej przez siebie formie, powołując się na wyrok KIO, wydany – jak słusznie zauważył Odwołujący – w oparciu o inny stan faktyczny, w którym wymogiem wyrażonym w specyfikacji było złożenie oryginału gwarancji.

Należy zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że określenie kwestii związanych z formą dokumentu potwierdzającego prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium (które to kwestie nie są uregulowane w ustawie), pozostaje są w gestii zamawiającego. Zatem to zamawiający określa, jaką formę dowodu wniesienia wadium uzna za wystarczającą i należycie chroniącą jego interesy, a decyzja zamawiającego winna znaleźć wyraz w postanowieniach SIWZ. Jeśli w fakcie nieposiadania oryginału gwarancji ubezpieczeniowej

Zamawiający dopatrywał się niebezpieczeństwa dla skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń (niezależnie od tego, czy obawy te mają merytoryczne uzasadnienie), to miał prawo i obowiązek tak sformułować postanowienia specyfikacji, aby dopuścić składanie takich dowodów wniesienia wadium, które w jego ocenie zapewniają pełną ochronę interesów Zamawiającego. Niedopuszczalnym działaniem było zezwolenie wykonawcom na złożenie kopii gwarancji, bez obwarowania tej możliwości jakimikolwiek warunkami i bez ustanowienia wyjątków, a następnie uzależnianie swojej oceny od treści gwarancji. Należy bowiem podkreślić, że postanowienia specyfikacji wiążą Zamawiającego w toku postępowania i nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców działających zgodnie z jej postanowieniami i w zaufaniu do tych postanowień.

Ponadto wskazać należy, że nieprawidłowym działaniem Zamawiającego było zaniechanie poinformowania wykonawców o unieważnieniu postępowania w części 36, co nie tylko uniemożliwiło Odwołującemu odpowiednie sformułowanie żądań w treści odwołania (Odwołujący dopiero podczas rozprawy mógł wnieść żądanie unieważnienia tej czynności Zamawiającego), ale również uniemożliwiło drugiemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia w tej części odniesienie się do prawidłowości unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

**Przewodniczący:**

.....