

Sygn. akt: KIO/UZP 537/08

**WYROK**  
**z dnia 17 czerwca 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2008 r. odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. w Katowicach, Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. w Katowicach, Biuro Ekonomiczno-Prawne „Promar” Sp. z o.o. w Gdyni, Biuro Doradztwa i Usług „Audytor” Sp. z o.o. we Wrocławiu, 40-077 Katowice, ul. Matejki Jana 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 20 maja 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

- z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. w Katowicach, Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. w Katowicach, Biuro Ekonomiczno-Prawne „Promar” Sp. z o.o. w Gdyni, Biuro Doradztwa i Usług „Audytor” Sp. z o.o. we Wrocławiu, 40-077 Katowice, ul. Matejki Jana 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16** na rzecz **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. w Katowicach, Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. w Katowicach, Biuro Ekonomiczno-Prawne „Promar” Sp. z o.o. w Gdyni, Biuro Doradztwa i Usług „Audytor” Sp. z o.o. we Wrocławiu, 40-077 Katowice, ul. Matejki Jana 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
  - 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
  - 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. w Katowicach, Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. w Katowicach, Biuro Ekonomiczno-Prawne „Promar” Sp. z o.o. w Gdyni, Biuro Doradztwa i Usług „Audytor” Sp. z o.o. we Wrocławiu, 40-077 Katowice, ul. Matejki Jana 4.**

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

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wybór niezależnego audytora, który dokona badania sprawozdań finansowych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Funduszu Ubezpieczeń Społecznych za rok obrotowy kończący się 31.12.2008, za rok obrotowy kończący się 31.12.2009, za rok obrotowy kończący się 31.12.2010.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lutego 2008 roku pod nr 2008/S 33-045731

Odwołujący – Konsorcjum firm złożone z: Grupy Gumułka - Audyt Sp. z o.o. w Katowicach, Grupy Gumułka - Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. w Katowicach, Biura Ekonomiczno-Prawnego „Promar” Sp. z o. o. w Gdyni oraz Biura Doradztwa i Usług „Audytor” Sp. z o.o. we Wrocławiu, w imieniu którego działa Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o., zgodnie z pełnomocnictwami z dnia 20 marca 2008 roku, udzielonymi przez każdego z członków Konsorcjum pismem z dnia 20 maja 2008 roku, doręczonym Zamawiającemu tego samego dnia złożył protest na czynność polegającą na odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej, o której powziął wiadomość dnia 14 maja 2008 roku.

Składając protest Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 26 ust. 4 oraz art. 7 ust 1 ustawy – poprzez niezasadne wykluczenie Konsorcjum Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunków finansowych, określonych w rozdziale IV, pkt I.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - poprzez wybór oferty złożonej przez PKF Consult Sp. z o.o. w Warszawie pomimo nie wniesienia przez tego Wykonawcę wadium. Odwołujący podniósł, że załączona do oferty PKF Consult Sp.zo.o. gwarancja ubezpieczeniowa nie może być uznana za wadium, jakiego domagał się Zamawiający. W uzasadnieniu wskazał na treść § 2 ust. 2 złożonego dokumentu, gdzie zamieszczono postanowienia iż „ niniejsza gwarancja nie obejmuje należności lub roszczeń innych niż zgłoszonych z tytułu niewniesienia wadium”. Takie postanowienie w ocenie Odwołującego nie czyni zadość wymogom określonym w art. 45 ust. 5 ustawy. Przepisy prawa nie przewidują jakichkolwiek „należności lub roszczeń” wynikających z tytułu „niewniesienia wadium” , jedyną sankcją jest wykluczenie Wykonawcy. Gwarancja, która dotyczy wyłącznie takich „ należności lub roszczeń” jest w całości bezprzedmiotowa.

Odwołujący wskazał również na postanowienia § 3 pkt 5 i 7 gwarancji wadialnej, gdzie zapisano, że zabezpieczenie wygasa z chwilą unieważnienia postępowania a

nie z chwilą ostatecznego rozstrzygnięcia protestów lub upływu do ich wnoszenia, co wynika z art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Pkt 7 dokumentu wadialnego uzależnia natomiast wygaśnięcie wadium od nieskorzystania z prawa do protestu przez Ubezpieczającego.

W ocenie Odwołującego wskazane postanowienia gwarancji wadium czynią ją „iluzoryczną” i powodują że nie jest ona gwarancją bezwarunkową, jakiej oczekiwał Zamawiający.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2008 roku protest uwzględnił w części dotyczącej wykluczenia Konsorcjum Odwołującego, zaś w części dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez PKF Consult Sp. z o.o. protest oddalił.

W uzasadnieniu wskazał, że kwestionowany § 2 ust. 2 dokumentu gwarancji wadialnej nie ogranicza prawa Zamawiającego do zaspokojenia jego roszczeń w przypadku przesłanek określonych w art. 46 ust. 5 ustawy. Zamawiający zwrócił uwagę na treść § 5 ust. 2 pkt 1 gwarancji, gdzie wymieniono wszystkie przesłanki zapłaty wadium, zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 5 ustawy, zaś zapisy gwarancji potwierdzają że jest ona bezwarunkowa i na pierwsze żądania i ma charakter nieodwoalny.

Również wskazane przez Odwołującego zapisy § 3 dokumentu gwarancji dotyczą sytuacji, gdy Zamawiający niezależnie od obowiązku gwaranta dokonania zapłaty w sposób nieodwoalny i bezwarunkowy, nie będzie uprawniony do zatrzymania wadium.

Określenie jakie znajduje się w treści pkt 5 gwarancji „beneficjent unieważni przetarg” dotyczy w ocenie Zamawiającego, ostatecznego tj. skutecznego prawnie rozstrzygnięcia postępowania, niezależnie od skorzystania ze środków ochrony prawnej. Stwierdzenie „uznanie oferty za nieważną” oznacza wykluczenie Wykonawcy z postępowania i /lub odrzucenie jego oferty.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 czerwca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu podtrzymał argumenty zawarte w proteście, wskazując na zapisy § 2 ust. 2 oraz § 3 pkt 5 i 7 dokumentu gwarancji wadialnej, wzmacniając je poprzez przywołanie

licznych orzeczeń Sądów Apelacyjnych, Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na treść postanowienia § 5 ust. 1 lit. c dokumentu gwarancji, gdzie zamieszczono zapis o brzmieniu „zawarcie umowy stało się niemożliwe z winy wykonawcy”, co jest niezgodne z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3, gdzie jest mowa, że Zamawiający zatrzymuje wadium, jeśli zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący przekazał kopię odwołania tego samego dnia Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty najkorzystniejszej oraz kwestionowanego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z postępowania została sklasyfikowana w rankingu ofert w jednym kryterium jakim jest cena oferty bezpośrednio przed ofertą uznaną za najkorzystniejszą posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków określił wysokość, formę, termin i miejsce wnoszenia wadium a także wymienił zgodne z przepisami ustawy przesłanki zwrotu i utraty wadium. W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający zastrzegł, że dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłat należności w sposób nieodwoalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą PKF Consult Sp. z o.o. złożył dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawiony przez Generali

Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 20 marca 2008 roku o numerze PO/512/031584/00/2008.

Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej regulacji prawnej, jedynie Załącznik nr 2 do ustawy o działalności ubezpieczeniowej w ramach podziału ryzyk w dziale II pkt 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową, wyróżniając gwarancję bezpośrednią i pośrednią. Przez gwarancję ubezpieczeniową należy rozumieć umowę między ubezpieczycielem (gwarantem) a beneficjentem gwarancji (zamawiającym), w której ubezpieczyciel zobowiązuje się do uiszczenia kwoty na wypadek niewypełnienia przez podmiot trzeci (wykonawcę) zobowiązania.

Zamawiający żądał, aby przedstawiona gwarancja była gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną i na pierwsze żądanie. Gwarancja taka oznacza zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia w razie braku świadczenia dłużnika, w tej sytuacji zobowiązanie ubezpieczyciela w sytuacjach ściśle określonych przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i nie może być ona odwołana w czasie jej ważności.

Gwarancja na pierwsze żądanie oznacza, że ubezpieczyciel ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło.

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego postanowień dokumentu gwarancji należy uznać, że postanowienie zamieszczone w § 2 ust. 2 tego dokumentu o treści „niniejsza gwarancja nie obejmuje należności lub roszczeń innych niż zgłoszonych z tytułu nie wniesieniem wadium, a powstałych w okresie ważności niniejszej gwarancji” pozostaje w sprzeczności z innymi postanowieniami tego dokumentu. Postanowienie to oznacza, że dokument wadium obejmuje należności i roszczenia zgłoszone z tytułu nie wniesienia wadium, co jest sprzeczne z istotą samego wadium, które ma zabezpieczać interesy Odwołującego i gwarantować wypłatę przez gwaranta na rzecz beneficjenta określonego świadczenia pieniężnego w okolicznościach ściśle określonych w ustawie. Przedmiotowe postanowienie gwarancji ubezpieczeniowej ogranicza zobowiązanie gwaranta do sytuacji związanych jedynie z nie wniesieniem wadium, przez co zaprzecza celowi w jakim zostało ustanowione wadium, polegającym na zabezpieczeniu roszczeń Zamawiającego.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu Sądu Najwyższego, że treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej ( SN z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29)

W odniesieniu do kwestionowanych postanowień dokumentu wadium zawartych w treści § 3 pkt 5 i 7 określających okoliczności, w których odpowiedzialność gwaranta wygasa należy zwrócić uwagę na odpowiednie brzmienie art. 46 ust 1 i 2, wyliczające przesłanki zwrotu wadium.

W ocenie składu orzekającego sformułowanie zamieszczone w § 3 pkt 7 dokumentu gwarancyjnego o brzmieniu „ oferta ubezpieczającego zostanie uznana za nieważną, a ubezpieczający nie skorzysta z prawa do wniesienia protestu” jakkolwiek nie odpowiada literalnemu brzmieniu zamieszczonemu w art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy to można uznać, że pod potocznie stosowanym pojęciem „oferty nieważnej” należy rozumieć sytuację, gdy wykonawca został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odmierna ocena prawna dotyczy postanowienia zamieszczonego w pkt 7 § 3 dokumentu gwarancji, gdzie zapisano, że gwarancja wygasa, jeśli „beneficjent unieważni przetarg”. Postanowienie to nie wypełnia przesłanki określonej w art. 46 ust 1 pkt 3 ustawy, gdzie aby doszło do obligatoryjnego zwrotu wadium Zamawiający musi nie tylko unieważnić postępowanie ale także musi nastąpić ostateczne rozstrzygnięcie protestów lub upływ terminu do ich wniesienia. Samo unieważnienie postępowania podczas, gdy nie upłynął termin na wniesienie protestów lub nie zostały one ostatecznie rozstrzygnięte nie może powodować wygaśnięcia wadium a zatem nie powoduje konieczności zwrotu wadium, dopiero ziszczenie się wszystkich okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy powoduje taki obowiązek.

W ocenie składu orzekającego Izby może zaistnieć hipotetyczna sytuacja, że wadium wygaśnie podczas gdy nie będzie jeszcze ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania np. w przypadku protestu na czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, zamieszczonym w rozstrzygnięciu protestu, że wówczas ma on możliwość żądania ponownego wniesienia wadium, bowiem przepis który Zamawiający przywołuje daje takie uprawnienie ale żądanie to może być skierowane wyłącznie do wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania lub ich oferty zostały odrzucone a Zamawiający zwrócił im wadium na ich żądanie.

Zatem w ocenie składu orzekającego Izby, postanowienie § 3 pkt 5 nie zabezpiecza interesów Zamawiającego a wadium zawierające takie postanowienie należy uznać za niewniesione, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Ustawa prawo zamówień publicznych ściśle określa przesłanki, po których ziszczeniu się Zamawiający jest zobowiązany do zwrotu wadium oraz te które powodują zatrzymanie wadium przez Zamawiającego, czyli skutkują koniecznością zapłaty wadium przez Ubezpieczyciela – gwaranta na rzecz Zamawiającego - beneficjenta.

Złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, zatem z uwagi na ewentualną możliwość zapłaty kwoty wadium przez gwaranta istotne jest, aby przesłanki te były precyzyjne wymienione w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej czy to bankowej.

W ocenie składu orzekającego Izby, wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione.

Przepis art. 46 ust. 5 ustawy formułuje trzy okoliczności, po zaistnieniu których Zamawiający zatrzyma wadium, czyli gwarant będzie zobowiązany do zapłaty kwoty określonej w dokumencie gwarancyjnym. Są to sytuacje, gdy Wykonawca odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy albo gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Treść gwarancji ubezpieczeniowej powinna ściśle odpowiadać cytowanym przesłankom, wymienionym w art. 46 ust. 5 ustawy, ponieważ w przypadku rozbieżności treści gwarancji i przepisów ustawy zamawiający jest narażony na niemożność uzyskania środków z gwarancji ubezpieczeniowej.

Dokument gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 20 marca 2008 roku wystawiony przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń na rzecz PKF Consult Sp. z o.o. w § 5 ust. 2 wymienia przesłanki, gdy beneficjent uprawniony będzie do wystąpienia z żądaniem zapłaty kwoty wadium. Jak słusznie wskazuje Odwołujący postanowienie zamieszczone w § 5 ust. 2 lit c tego dokumentu nie odpowiada brzmieniu określonymu w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy.

Gwarancja ubezpieczeniowa, przedstawiona w ofercie PKF Consult Sp.z o.o przewiduje powstanie roszczenia o zapłatę wadium, w przypadku gdy „zawarcie umowy stało się niemożliwe z winy ubezpieczającego”, natomiast obowiązujący przepis przewiduje przepadek wadium, jeżeli „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W ocenie składu orzekającego Izby pomiędzy pojęciem „wina” a pojęciem „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” istnieje istotna różnica, bowiem „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” nie muszą być zawsze przez niego zawinione. Pojęcie „przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina”, chodzi tu bowiem o sytuacje, gdy wykonawca np. utraci uprawnienia do wykonywania prac, wchodzących w zakres zamówienia czy też np. nie



otrzyma stosownych pozwoleń. Przyczyny te nie muszą wynikać z jego winy, a mogą być również wynikiem działań osób trzecich. Zatem należy uznać, że sformułowanie w gwarancji ubezpieczeniowej konieczności wystąpienia „winy” w sytuacji niemożliwości zawarcia umowy spowoduje trudniejsze, a może się okazać nawet niemożliwe do zrealizowania przez beneficjenta roszczenia z tytułu gwarancji.

W ocenie składu orzekającego Izby należy uznać, że kwestionowany przez Odwołującego dokument zapłaty wadium nie gwarantuje skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji w okolicznościach przewidzianych, w szczególności w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, nie zabezpiecza w sposób należyty interesów Zamawiającego.

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy należy uznać za uzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*