

Sygn. akt: KIO/UZP 1867/09

WYROK
z dnia 11 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25 - 116 Kielce, ul. Ściegiennego 268A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 25 - 602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** protestu z dnia **3 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25 - 670 Kielce, ul. Przęsłowa 2A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25 - 116 Kielce, ul. Ściegiennego 268A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Mała Pętla Świętokrzyska etap 2: w tym: przebudowa drogi woj. nr 756 na odc. Nowa Słupia - Wólka Milanowska, przebudowa drogi woj. nr 753 na odc. Huta Nowa - Wólka Milanowska" protest złożył wykonawca - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym.

Protest dotyczył:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców:
 - Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.,
 - Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „TRAKT” Sp. z o.o.
2. zaniechania odrzucenia ofert w/w wykonawców jako złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu,
3. dokonania wyboru oferty wykonawcy Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
4. zaniechanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej

i wskazywał na następujące naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp: art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 45 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 , a także w art. 7 ust. 1.

Protestujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania czynności wykluczenia z postępowania wskazanych wykonawców,
3. dokonania czynności odrzucenia ofert w/w wykonawców,
4. ponownego badania ofert,
5. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wykazując swój interes prawny protestujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ oferta protestującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, a działanie zamawiającego uniemożliwiło mu uzyskanie niniejszego zamówienia.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że obaj wskazani wykonawcy do swoich ofert załączyli wadliwe dokumenty, nazwane - „Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium”, pochodzące od InterRisk Vienna Insurance Group, zawierające te same nieprawidłowości. Ich wadliwość polega na tym, że ich zapisy nie dają możliwości pełnego i bezwarunkowego zaspokojenia roszczeń zamawiającego na wypadek wystąpienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, ponieważ:

1. Gwarancja podpisana została przez Marka K. - Dyrektora Przedstawicielstwa Generalnego w Kielcach, działającego na podstawie pełnomocnictwa określonego w gwarancji numerem i datą. Do gwarancji nie zostało załączone to pełnomocnictwo, co w ocenie odwołującego oznacza, że zamawiający nie może wiedzieć, czy udzielający pełnomocnictwa był umocowany do jego udzielenia, a także jaki jest zakres pełnomocnictwa oraz czy pełnomocnikowi nie nałożono ograniczeń w zaciąganiu zobowiązań, tj. czy ma prawo zaciągnąć zobowiązanie do wysokości 842 tys. zł (wysokości wadium w przedmiotowym przetargu). Wskazał, że zamawiający nie może żądać uzupełnienia tego pełnomocnictwa, bowiem wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powołał się na wyrok KIO/UZP 160/09.
2. W ustępie 4 gwarancji postawiono zamawiającemu warunek załączenia do pisemnego żądania wypłaty wadium pisemnego oświadczenia, że zobowiązany jest do zapłaty powyższej kwoty (842 tys. zł) w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności określonych w pkt 1 (w punkcie tym wyliczone są przesłanki zawarte w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp). Podniósł, że warunek ten jest niemożliwy do spełnienia, ponieważ przesłanki wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy nie są przesłankami, których wystąpienie obliuguje wykonawców do zapłaty wadium, lecz są przesłankami, których wystąpienie obliuguje zamawiającego do zatrzymania wadium wniesionego przez wykonawców, co oznacza, że zamawiający nie może złożyć (załączyć do żądania wypłaty) oświadczenia, że wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kwoty 842 tys. zł w związku z zaistnieniem określonych okoliczności, o których w gwarancji pisze ubezpieczyciel. Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca wnosi wadium przed upływem terminu składania ofert, a nie dopiero w momencie wystąpienia określonych okoliczności. Do zapłaty kwoty

wadium, wniesionego przez wykonawcę w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zobowiązany jest ubezpieczyciel, a nie wykonawca. Z zapisu ustępu 4 gwarancji protestujący wysnuł wniosek, iż ubezpieczyciel uznaje, że wykonawca nie wniósł jeszcze wadium, a zobowiązany będzie do jego wniesienia (zgodnie z nazewnictwem ubezpieczyciela - do zapłaty kwoty 842 tys. zł) dopiero po wystąpieniu określonych okoliczności, zaś sama gwarancja jest dokumentem potwierdzającym ustanowienie wadium, a nie jego wniesienie. Powołał się na wyrok KIO/UZP 352/09 („Ustawodawca w art. 45 Pzp wyraźnie i odmiennie niż przepisy Kodeksu cywilnego wskazuje, że wadium ma być wniesione, a nie ustanowione”. (...))

3. Ponieważ zamawiający nie jest stroną umowy zwanej „ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium” i nie może kształtować jej treści, ani swoich praw, czy też obowiązków z niej wynikających, to nie dysponuje narzędziami, które umożliwiłyby mu skłonienie ubezpieczyciela do zmiany treści gwarancji. Gwarancja nie może nakładać na zamawiającego warunków i rygorów, których on może nie móc wypełnić. Niemożliwym jest nakładanie rygorów i obowiązków określonego działania na dalszy, inny podmiot, jakim jest bank prowadzący rachunek zamawiającego. Wskazał na zapis ustępu 5 pkt 1 gwarancji. Dodatkowo w ustępie 5 pkt 4 wskazano: „żądanie zapłaty powinno być doręczone do InterRisk Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności”. Oznacza to, że przed zamawiającym staje obowiązek przekonania banku prowadzącego jego rachunek do podjęcia się roli doręczyciela żądania wypłaty wadium i to w wyznaczonym terminie.
4. Ubezpieczeniowe gwarancje zapłaty wadium załączone do ofert przez w/w wykonawców nie zabezpieczają interesów zamawiającego.

Powołał się na wyrok KIO/UZP 283/09 oraz KIO/UZP 537/08.

Zdaniem protestującego, wobec załączenia do ofert wadliwych gwarancji ubezpieczeniowych, zamawiający powinien uznać, że wadium nie zostało przez nich wniesione i wykluczyć ich z postępowania, a następnie odrzucić ich oferty i dokonać wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający protest oddalił. Wyjaśnił, że:

1. ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty jest umową zawartą przez wykonawcę z ubezpieczycielem. Zamawiający nie ma prawa żądać przedłożenia przez ubezpieczyciela pełnomocnictwa osoby reprezentującej tego ubezpieczyciela. Za prawidłowość umocowania przedstawiciela ubezpieczyciela udzielającego gwarancji odpowiada ten ubezpieczyciel oraz wykonawca, który okoliczność tę winien zbadać; załączone do ofert Ubezpieczeniowe Gwarancje Zapłaty Wadium

- o numerach: 150200/53/1123/146/09 (Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.) oraz 150200/53/1124/142/09 (Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.) wymieniają wszystkie przypadki powodujące zatrzymanie wadium przez zamawiającego określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp,
2. z treści ust. 4 w/w gwarancji wynika zobowiązanie ubezpieczyciela do wypłaty żądanej przez zamawiającego kwoty,
 3. wyjaśnił, że trzydniowy termin po upływie terminu ważności gwarancji przypada na 02.01.2010 r.; zdarzenia, które mogą spowodować zatrzymanie wadium z reguły nastąpią w terminie wcześniejszym, niż trzy dni przed upływem terminu gwarancji, a więc również termin ich doręczenia ubezpieczycielowi będzie niewątpliwie dłuższy.
 4. w ust. 5 w/w gwarancji nie są zawarte warunki zapłaty na rzecz zamawiającego żądanej kwoty, lecz czynności, które powinny być przez zamawiającego wykonane w celu uzyskania zapłaty; czynności te nie stanowią szczególnego zagrożenia interesu zamawiającego.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty i żądanie zawarte uprzednio w proteście.

W odniesieniu do rozstrzygnięcia protestu:

1. nie zgodził się, iż za prawidłowość umocowania przedstawiciela ubezpieczyciela udzielającego gwarancji odpowiada ten ubezpieczyciel oraz wykonawca, który tę okoliczność winien zbadać, ponieważ ubezpieczyciel z własnego punktu widzenia zadbał o swoje interesy i umocował Dyrektora Marka K. oraz zadbał, aby informacja o tym umocowaniu znalazła się w treści gwarancji. Zabezpieczył się tym samym przed konsekwencjami jego działań na wypadek przekroczenia uprawnień wynikających z pełnomocnictwa. Dopuścił możliwość, iż wykonawcy sprawdzili umocowanie Dyrektora Marka K. do zawierania umów gwarancji ubezpieczeniowej w przedstawionym w ofertach zakresie, jednak takiej wiedzy nie posiada zamawiający. Wskazał, że regułą w obrocie gospodarczym jest, że jeżeli do dokonania czynności prawnej (złożenia oświadczenia woli) przez osobę wymagane jest umocowanie, to takie pełnomocnictwo jest okazywane przy dokonywaniu czynności, a jest na pewno załączane do podstawowego dokumentu, jeżeli dokument podstawowy dotyczy podmiotu trzeciego, który na jego podstawie nabywa uprawnienia,
2. zamawiający nie mógł żądać załączenia do gwarancji ubezpieczeniowej przedmiotowego pełnomocnictwa, po stronie wykonawców leżał obowiązek wniesienia wadium, a w tym przypadku złożenia gwarancji ubezpieczeniowych nie budzących wątpliwości, a więc załączenia pełnomocnictwa dla osoby wystawiającej te gwarancje na podstawie pełnomocnictwa. Wskazał, że w przypadku zawierania umów gwarancji bankowych, czy ubezpieczeniowych, co do zasady, stosowany jest

przepis art. 97 k.c., wyrażający zasadę tzw. „domniemanego pełnomocnictwa”. Dla możliwości skutecznego dociekania swoich roszczeń powstałych wskutek zawarcia umowy z domniemanym pełnomocnikiem wystarczy, aby taka umowa zawarta była przez osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publicznosci (Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 24 lutego 1998 roku sygn. akt I CKN 517/97 oraz z dnia 14 maja 2002 roku sygn. akt V CKN 1031/00 stwierdził: ”art. 97 k.c. może mieć zastosowanie do osób podpisujących w imieniu banku umowę kredytową). Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z pełnomocnikiem domniemanym, lecz z pełnomocnikiem umocowanym na podstawie pełnomocnictwa pisemnego. O ile nie ma możliwości i potrzeby sprawdzania umocowania pełnomocnika domniemanego, ponieważ interes kontrahenta chroni przepis art. 97 k.c, to już pełnomocnictwo pisemne należy dla bezpieczeństwa bezwzględnie sprawdzić. Ubezpieczyciel InterRisk Vienna Insurance Group, ze względu na art. 97 k.c., nie miał obowiązku dla ważności i skuteczności umowy gwarancji ubezpieczeniowej ukazywać w jej treści sposobu umocowania Dyrektora Marka K. Skoro jednak wskazał na to umocowanie, to znaczy, że uprawnienia jego są ograniczone. Przekroczenie uprawnień przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa pisemnego, ujawnionego w treści gwarancji, skutkować będzie negatywnie dla beneficjenta (również dla ubezpieczającego), zaś sam ubezpieczyciel nie będzie narażony na negatywne konsekwencje przekroczenia tych uprawnień. W przedmiotowej sytuacji uprawnienia (pełnomocnictwo) powinien sprawdzić zamawiający. Zamawiający nie może ufać, że sprawdzenia umocowania Dyrektora Marka K. dokonali wykonawcy przed zawarciem umów gwarancji ubezpieczeniowych,

3. zaprzeczył jakoby w proteście podważał fakt, że w przedmiotowych gwarancjach ubezpieczeniowych nie są wymienione wszystkie ustawowe przesłanki, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, których wystąpienie wywołuje po stronie zamawiającego obowiązek zatrzymania wadium,
4. zamawiający nie odniósł się do niemożliwości załączenia do żądania wypłaty kwoty wadium oświadczenia o treści jakiej oczekuje ubezpieczyciel wystawiający obydwie gwarancje ubezpieczeniowe,
5. zamawiający nie odniósł się również do tego, czy wskutek złożenia gwarancji ubezpieczeniowych o prezentowanej treści, wadium zostało przez wykonawców wniesione, czy tylko ustanowione.
6. zamawiający twierdząc, że ustęp 5 gwarancji nie zawiera warunków zapłaty na rzecz zamawiającego żądanej kwoty, lecz określa czynności, które winny być przez zamawiającego wykonane w celu uzyskania zapłaty i że czynności te nie stanowią

szczególnego zagrożenia jego interesu potwierdza, że czynności, które musi wykonać stanowią zagrożenie jego interesu,

7. zamawiający nie odniósł się do kwestii dotyczącej obowiązku nałożonego ustępem 5 gwarancji.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10.09.2009 r. (2009/S 174-250984), SIWZ, ubezpieczeniowych gwarancji zapłaty wadium nr 150200/53/1123/146/09 oraz nr 150200/53/1124/142/09 wystawionych przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. odpowiednio na zlecenie Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. i Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz ustnie w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Nadto Izba ustaliła, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia ofert wykonawców, którzy winni być wykluczeni w następstwie nie wniesienia wadium oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ wówczas oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na miejscu pierwszym.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezsporne między stronami było to, iż zarówno ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium złożona przez Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., jak i Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o. zawierała wszystkie ustawowe przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp (pkt 2 - str. 4 odwołania).

Istota sporu sprowadza się natomiast do tego, czy w przypadku, gdy gwarancję ubezpieczeniową podpisała osoba, działająca na podstawie pełnomocnictwa o wskazanym w treści gwarancji symbolu i numerze (odpowiednio DUF 0326/2009 i DUF 0512/2009) oraz dacie (odpowiednio 27.04.2009 r. i 18.06.2009 r.), wykonawca składający taką gwarancję winien był wykazać zamawiającemu, poprzez okazanie / doręczenie pełnomocnictwa, że rzeczywiście osoba taka została uprawniona do podpisania gwarancji opiewającej na kwotę 842 tys. zł.

Izba stwierdza, że na gruncie przepisów stawy Prawo zamówień publicznych brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej żądania załączenia do gwarancji, czy choćby okazania zamawiającemu pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję czy to w oryginale, czy w kopii.

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek objęcia treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących wadium.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający wymogi te wskazał w Rozdziale 2 pkt 12 SIWZ. Wśród nich zamawiający przewidział (pkt 12.6), iż w przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż pieniądź oryginał gwarancji należy dołączyć do oferty w osobnej kopercie, zaś w samej ofercie należy złożyć kopię gwarancji potwierdzoną „za zgodność z oryginałem”. Brak jest w postanowieniach SIWZ odnośnie wadium składanego w formie gwarancji ubezpieczeniowej innych wymagań.

W ogłoszeniu o zamówienia zamawiający wskazał jedynie wysokość wadium, tj. 842 tys. zł.

Biorąc pod uwagę, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani postanowienia SIWZ nie nakładały na wykonawców żadnych wymogów co do wykazywania umocowania osób podpisujących gwarancję ubezpieczeniową, stwierdzić należy, że ani wykonawca Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ani Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o. nie dopuścił się w tej mierze żadnych uchybień.

W ocenie Izby podpisanie gwarancji ubezpieczeniowej nie przez pracownika niższego szczebla, jak powszechnie się to dzieje na rynku gwarancji ubezpieczeniowych i bankowych, ale przez Dyrektora Przedstawicielstwa Generalnego świadczy o dochowaniu obowiązujących w Towarzystwie Ubezpieczeń S.A. InterRisk procedur, a fakt ujawnienia podstaw działania Dyrektora, przy jednoczesnym nie załączeniu pełnomocnictwa do gwarancji nie może być poczytane jako próba „zatajenia” rzeczywistego zakresu udzielonego mu pełnomocnictwa, a do takiego twierdzenia zdaje się zmierzać odwołujący. Odwołujący

nawet nie uprawdopodobnił, że osoba umocowana w w/w pełnomocnictwach przekroczyła ich zakres.

Zwrócić także należy uwagę, że rozpoczęcie „procedury sprawdzającej” odnośnie pełnomocnictwa Dyrektora Przedstawicielstwa Generalnego w Kielcach wiązałoby się z koniecznością zbadania całego ciągu poprzedzających to pełnomocnictwo pełnomocnictw, na odpisie z KRS kończąc, co nie może być przedmiotem badania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi w tej materii przepisami ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów związanych z brzmieniem pkt 4 i 5 ppkt 1 i 4 obu gwarancji ubezpieczeniowych o treści:

„4. Zapłata przez InterRisk S.A. Vienna Insurance Group kwoty, o której mowa w pkt. 1 nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany jest zobowiązany do zapłaty powyższej kwoty w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności określonych w pkt. 1”.

„5. Żądanie wypłaty powinno: 1) być doręczone pod rygorem nieważności, do InterRisk S.A. Vienna Insurance Group za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Beneficjenta gwarancji, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji, (...) 4) być doręczone do InterRisk S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności”

Izba stwierdza, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Z treści pkt. 4 odwołujący wysnuł wniosek, że ubezpieczyciel uznaje, że wykonawca nie wniósł jeszcze wadium, a będzie do tego zobowiązany dopiero po wystąpieniu określonych okoliczności, zaś sama gwarancja jest dokumentem potwierdzającym ustanowienie wadium, a nie jego wniesienie (str. 3 - zdanie ostatnie).

Izba wskazuje, że w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej ustanowienie wadium następuje z chwilą wystawienia dokumentu gwarancyjnego przez ubezpieczyciela, zaś wniesienie wadium następuje z chwilą złożenia tego dokumentu zamawiającemu. Obaj wykonawcy wnieśli zatem wadium, poprzez złożenie wraz z ofertą oryginałów dokumentów gwarancyjnych.

Wskazane w treści obu gwarancji ubezpieczeniowych przesłanki utraty przez Zobowiązanego (wykonawcę) kwoty 842 tys. zł są jednocześnie przesłankami uprawniającymi zamawiającego do zatrzymania wadium, przy czym oczywistym jest - ze względu na specyfikę tej formy wadium - że zatrzymanie wadium następuje poprzez żądanie zapłaty wskazanej kwoty na rachunek zamawiającego.

Treść obu kwestionowanych gwarancji wskazuje, że zabezpieczają one rezultat w postaci zapłaty żądanej przez zamawiającego kwoty 842 tys. zł w przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, a następnie „uzewnętrznieni” to stwierdzenie poprzez żądanie zapłaty, iż kwota jest mu należna w związku z zaistnieniem choćby jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w SIWZ, przeniesionych do treści obu gwarancji.

W obu gwarancjach ubezpieczeniowych ubezpieczyciel jednoznacznie potwierdził ich nieodwołalny i bezwarunkowy charakter. Bezwarunkowość gwarancji polega na tym, że zamawiający nie uzasadnia swojego żądania, a ubezpieczyciel nie może badać podstaw, zasadności, zgodności ze stanem faktycznym żądania zapłaty. Ubezpieczyciel opiera się wyłącznie na oświadczeniu Beneficjenta.

Wbrew twierdzeniom odwołującego wskazane powyżej w pkt 4 i 5 wymogi nie stanowią żadnego utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących mu z tytułu wystawionych na jego rzecz gwarancji. Są to wymogi niezbędne dla realizacji uprawnień z tytułu gwarancji, ale wyłącznie o charakterze formalnym i nie pozostające w żadnym związku z warunkami - „merytorycznymi” przesłankami zatrzymania wadium.

Co więcej, wymóg formalny, aby prawidłowość podpisów na żądaniu zapłaty została sprawdzona przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta leży w interesie samego Beneficjenta, ponieważ chroni go przed podpisaniem żądania zapłaty przez osoby nieuprawnione, a tym samym przed wypłatą kwoty 842 tys. zł osobom nieuprawnionym.

Wymóg przedłożenia żądania zapłaty do 3 dni po upływie okresu ważności gwarancji, biorąc pod uwagę aktualne możliwości bankowości elektronicznej, a choćby i poczty kurierskiej, nie stanowi żadnego realnego zagrożenia dla realizacji uprawnień z tytułu gwarancji. Dodatkowo wskazać należy, że postanowienia SIWZ nie wprowadzały żadnego minimalnego czasu w tym zakresie.

Izba nie znajduje także żadnych podstaw do obaw, aby bank prowadzący rachunek Beneficjenta miał odmówić sprawdzenia prawidłowości podpisów, ponieważ to właśnie w tym banku zdeponowane są karty wzorów podpisów osób uprawnionych ze strony Beneficjenta (zamawiającego), a sama czynność należy to typowych i powszechnie wykonywanych przez banki.

Zarzut odwołującego został sformułowany w zupełnym oderwaniu od realiów rynku gwarancji ubezpieczeniowych, a i bankowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 **Kielcach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....