

**WYROK**

**z dnia 22 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2012 r. przez wykonawcę

**Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Insbud Sp. z o.o. ul. Budowlanych 5A, 45-005 Opole**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Wodociągi Sp. z o.o. ul. Reymonta 12, 48-340 Głuchołazy**

przy udziale wykonawcy **J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. J..... K..... 34-205 Stryszawa 1a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Insbud Sp. z o.o. ul. Budowlanych 5A, 45-005 Opole i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Insbud Sp. z o.o. ul. Budowlanych 5A, 45-005 Opole tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Insbud Sp. z o.o. ul. Budowlanych 5A, 45-005 Opole na rzecz Wodociągów Sp. z o.o. ul. Reymonta 12, 48-340 Głuchołazy kwotę 332 zł 00 gr (słownie: trzysta**

**trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika.**

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 Opolu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi Sp. z o.o. w Głuchołazach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę systemu wodociągowo – kanalizacyjnego w miejscowościach Sucha Kamienica i Stary Las z włączeniem do Polskiego Świątowa* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 sierpnia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 159-265554, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 listopada 2012 r. odwołujący – Insbud Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 i art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że wykonawca J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U ZIS-BUD J..... K..... nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu oraz że jego oferta podlega ocenie, a tym samym wskazania wyniku postępowania na ofertę nieważną i nie najkorzystniejszą – wykonawca ten bowiem złożył wadliwe, warunkowe wadium nie dopuszczone przez zamawiającego.

Zamawiający w punkcie 12 ppkt 2.2) lit. g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustanowił, iż gwarancja powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa.

J..... K..... zabezpieczył ofertę gwarancją wadialną ubezpieczeniową wydaną przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., która w § 4 ust. 2 zawiera niedopuszczony zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek: *Wezwanie do zapłaty Beneficjent przekaże za pośrednictwem banku prowadzącego jego rachunek, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do reprezentacji oraz zawierać będzie oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji.* Zatem gwarancja jest warunkowa i nie spełnia wymogów zamawiającego, a zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, do czego był zobligowany przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe jest analogiczne i zgodne z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 757/09. Tym samym oferta J..... K..... nie podlega rozpatrywaniu i jest nieważna, nie powinna więc brać udziału w punktacji (rankingu ofert) zmierzającym do wyłonienia

najkorzystniejszej oferty, a w wyniku postępowania zamawiający wskazał na ofertę nieważną i nie najkorzystniejszą. Ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta odwołującego.

W związku z tym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie którego nastąpi odrzucenie oferty J..... K.....,
2. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert,
3. równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania,
4. wskazanie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i terminu zawarcia umowy.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że odwołujący nie przytoczył żadnych twierdzeń czy dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, że gwarancja wadialna J..... K..... jest warunkowa lub nieważna, do czego był zobowiązany na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako uzasadnienie odwołujący zacytował jedynie część wyroku KIO/UZP 757/09, który nie może być dowodem w sprawie, ponieważ dotyczy innego przypadku.

Zamawiający w punkcie 12.2.2) lit. a) – g) IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał, co powinno zawierać wadium złożone w formie gwarancji oraz że gwarancja powinna być złożona zgodnie z obowiązującym prawem.

J..... K..... złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w oryginale, wraz z ofertą, w siedzibie zamawiającego, przed upływem terminu składania ofert. Termin wniesienia wadium, jego forma, sposób wniesienia są zgodne z punktem 12.2.1) lit. d), 12.3.2) i 12.4.1)

i 3) IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W szczególności z § 1 ust. 2 gwarancji jednoznacznie wynika, że gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze pisemne wezwanie zamawiającego: *Gwarant gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne wezwanie zapłatę wadium w kwocie 70.000,00 zł (słownie złotych; siedemdziesiąt tysięcy 00/100) z tytułu przystąpienia Zobowiązanego do przetargu na: „Budowa systemu wodociągowo-kanalizacyjnego w miejscowościach Sucha Kamienica i Stary Las z włączeniem do Polskiego Świątowa”.*

Zatem wadium zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie zgodnie z art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie ma podstaw prawnych ani formalnych do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko zamawiającego jest poparte szeregiem wyroków

Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. KIO 881/11, sygn. KIO 2060/11, sygn. KIO 191/11, sygn. KIO 1867/09, czy sygn. KIO 1110/11.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U ZIS-BUD J..... K.....

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W punkcie 12. IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający określił kwotę wadium na 70.000 PLN i wskazał m.in., iż w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy:

- a) nazwę: dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,
- c) kwotę gwarancji,
- d) termin ważności gwarancji (zamawiający wymaga, aby okres ważności gwarancji nie był krótszy niż okres związania ofertą),
- e) zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”,
- f) zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”,

g) gwarancja winna być nieodwołalna i bezwarunkowa.

Przystępujący przedstawił zamawiającemu gwarancję z 25 września 2012 r. wystawioną przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie, z którego wynika m.in., iż:

1. gwarant gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne wezwanie zapłatę wadium w kwocie 70.000,00 zł z tytułu przystąpienia zobowiązanego do przedmiotowego przetargu (§ 1 ust. 2),
2. gwarant wypłaci beneficjentowi ww. kwotę w ciągu 14 dni od daty otrzymania pierwszego pisemnego wezwania, które musi zawierać oświadczenie beneficjenta, że kwota roszczenia jest wymagalna w związku z zaistnieniem wskazanych w gwarancji warunków zatrzymania wadium z wyszczególnieniem tego warunku (§ 3),
3. gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem nie zostało przekazane gwarantowi we wskazanym w gwarancji terminie (§ 4 ust. 1),
4. wezwanie do zapłaty beneficjent przekaże za pośrednictwem banku prowadzącego jego rachunek, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do reprezentacji oraz zawierać będzie oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Wobec braku podobnej regulacji dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej przepis ten *per analogiam* wykorzystuje się również do gwarancji ubezpieczeniowej.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kilka wymagań co do treści gwarancji bankowej, m.in. to, że gwarancja powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz powinna zawierać zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca...” Takie też postanowienia zawiera gwarancja przedstawiona przez przystępującego. Jednocześnie zawiera ona jednak dodatkowy wymóg formalny, aby owo wezwanie do zapłaty było przekazane za pośrednictwem banku

prowadzącego rachunek zamawiającego, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do reprezentacji.

Niewątpliwie istnieje tu więc pewna, wskazywana przez odwołującego, rozbieżność pomiędzy treścią poszczególnych postanowień gwarancji i niepewność co do tego, czy wobec „pierwszego pisemnego wezwania zamawiającego”, o którym mowa w § 1 ust. 2 i § 3, a które nie będzie dokonane za pośrednictwem banku i podpisami przez ten bank poświadczonymi, gwarant kwotę gwarancji wypłaci. Niewątpliwie też klauzula dotycząca pośrednictwa banku nie jest dla zamawiającego korzystna i może być uciążliwa (czas trwania i koszty czynności banku). Jednak jednocześnie jest to klauzula dość powszechnie występująca w gwarancjach, która przy tym w orzecznictwie nie jest uważana za warunek gwarancji przeczący wymogowi jej bezwarunkowości, a jedynie kwestię formalną. Co do zasady sama z siebie nie niweczy również możliwości zamawiającego ubiegania się o wypłatę sumy gwarancji. Może mieć też tę, wskazywaną czasem, zaletę, iż potwierdzenie uprawnienia osób do występowania w imieniu beneficjenta gwarancji zabezpiecza interesy zamawiającego o tyle, że wypłata nie zostanie dokonana do rąk osób nieuprawnionych. Przy tym nie można nie zgodzić się z zamawiającym, że każde żądanie wypłaty wadium z gwarancji, niezależnie od jej postanowień, łączy się z przeznaczeniem na to pewnego czasu oraz kosztów, które mogą być różne. Rzeczywiście, tak jest zwłaszcza w przypadku gwarancji wystawianych przez instytucje zagraniczne, które przecież w ramach wadium również są akceptowane.

Powyższy pogląd, tj. że klauzula dotycząca pośrednictwa banku nie jest uważana za warunek gwarancji przeczący wymogowi jej bezwarunkowości, a jedynie kwestię formalną, jest dość jednolity oraz rozpowszechniony, przy tym sama klauzula jest popularnym postanowieniem gwarancji – z tego powodu i wykonawcy występując o wystawienie gwarancji, a następnie sprawdzając ich treść pod względem wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przedkładając je zamawiającym, jak i zamawiający takie gwarancje akceptując, kierują się tym poglądem z zaufaniem, iż ich działanie zostanie uznane za prawidłowe.

Zatem, aby rozważyć niedopuszczalność w gwarancji takiej klauzuli, przede wszystkim powinna być ona wyraźnie zabroniona przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – czego w niniejszym postępowaniu zamawiający nie uczynił (w przeciwieństwie do sytuacji opisanej w przywołanym przez odwołującego wyroku KIO/UZP 757/09 czy np. w wyroku KIO 2481/12).

Tym samym Izba uznała, że sporna klauzula w przedstawionej przez J..... K..... gwarancji ubezpieczeniowej HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. nie jest

podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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). Koszty wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika orzeczono wyłącznie w granicach przedstawionych rachunków.

**Przewodniczący:** .....