

Sygn. akt II GSK 1606/13



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2014 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA

Jan Bała

Sędzia NSA

Wojciech Kręcisz (spr.)

Sędzia del. WSA

Miroslaw Trzecki

Protokolant

Anna Ważbińska-Dudzińska

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2014 r.

na rozprawie w Izbie Gospodarczej

skargi kasacyjnej [REDACTED]

od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 25 kwietnia 2013 r. sygn. akt V SA/Wa 327/13

w sprawie ze skargi [REDACTED]

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 29 października 2012 r. nr KP/47/12

w przedmiocie kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa

1. oddala skargę kasacyjną;
2. zasądza od [REDACTED] na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 1.800 (tysiąc osiemset) zł tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.

NSA/wyr.1 – wyrok

Na oryginał właściwie podpisany
za zgodności z oryginałemKatarzyna Łysiak

sekretarz sądowy

UZASADNIENIE

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2013 r. o sygn. akt V SAWa 327/13, oddalił skargę [REDAKTOWANE] na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 października 2012 r. w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa.

Sąd I instancji za podstawę rozstrzygnięcia przyjął następujące ustalenia.

Pismem z 29 grudnia 2009 r. [REDAKTOWANE] wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezesa UZP”) z wnioskiem o wszczęcie kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na [REDAKTOWANE].

[REDAKTOWANE]. W piśmie wskazano, iż [REDAKTOWANE] wykluczyła wykonawcę – konsorcjum [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w tym postępowaniu uznając, iż nieprawidłowo wniosło ono wadium.

W toku postępowania wyjaśniającego [REDAKTOWANE] poinformowała, iż wykluczenie konsorcjum z postępowania nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie wykluczenia Konsorcjum, w chwili wydawania zaskarżonej decyzji oraz, że orzekania analogiczna podstawa wykluczenia zawarta jest w art. 24 ust. 2 pkt 2 powyższej ustawy - t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Powodem wykluczenia było nieskuteczne wniesienie wadium, o którym mowa w pkt 8.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Wyjaśniono, iż wykonawca dołączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową nr F09172710, która została wydana przez [REDAKTOWANE] S.A. (dalej: [REDAKTOWANE]) i stanowiła wadium w zadaniu 1, oraz gwarancję ubezpieczeniową nr F09172711, wydaną również przez [REDAKTOWANE], która stanowiła wadium w zadaniu 2. W ich treści

zawarto zastrzeżenie, że „Wasze żądanie zapłaty wywrze skutek, o ile zawierać będzie Wasze pisemne oświadczenie stwierdzające, że żądanie zapłaty wadium jest należne, gdyż zaistniało jedno z opisanych wyżej zdarzeń - oświadczenie musi precyzować, które zdarzenie miało miejsce. W celu identyfikacji Wasze żądanie musi być przedstawione nam za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji. Bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób, które mogą zaciągać zobowiązania w Waszym imieniu”. W ocenie █████, takie zapisy wprowadzały dodatkową procedurę, która była sprzeczna z postanowieniami SIWZ, a zwłaszcza z punktem 8.5 SIWZ zawierającym wymóg, by treść gwarancji zawierała zobowiązanie gwaranta do bezwarunkowej zapłaty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego bez dodatkowych procedur i dokumentów. W konsekwencji doprowadziło to do uznania, że wadium nie zostało wniesione przez wykonawcę.

Pismem z 17 listopada 2010 r., Prezes UZP poinformował JSW o wszczęciu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 49/P/SRH/09, zaś pismem z 7 listopada 2011 r. przekazano zamawiającemu „Informację o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zadania 1 i 2”. W Informacji wskazano, iż wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego nie może być uznany za warunek, powodujący niezgodność treści gwarancji z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym prowadzący do uznania, iż wadium nie zostało wniesione. W związku z powyższym uznano, iż JSW naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 2 przywołanej ustawy, przy czym z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą w pakiecie 1 i 2, powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania z zakresie tych dwóch części.

Prezes UZP decyzją z dnia 23 lipca 2012 r. nałożył na █████ karę pieniężną z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem – w odniesieniu do realizacji zadania 1 i 2 – przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, co miało wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Prezesa UZP z treści samej gwarancji wadialnej nr F09172710 wynika, że ubezpieczyciel gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę wskazanej w niej kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego (analogiczne zapisy zawiera dokument gwarancji wadialnej nr F09172711), co potwierdzone zostało w stanowisku wyrażonym przez [REDAKTOR] w dokumencie z dnia 16 listopada 2009 r., stanowiącym załącznik do protestu wniesionego przez konsorcjum. Analiza tego dokumentu pozwala na stwierdzenie, że weryfikację wiarygodności podpisów dokonywaną przez bank, który prowadzi konto, na które zostaną przekazane środki pieniężne, należy tłumaczyć względami bezpieczeństwa interesów zarówno banku, jak i zamawiającego.

Podniesiono także, iż wymóg zawarty w treści gwarancji, by żądanie wypłaty było potwierdzone przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana wypłata gwarancji oraz, aby bank ten potwierdził podpisy osób działających w imieniu żądającego, wynika z przepisu art. 65 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.), który nakłada na bank obowiązek sprawdzenia autentyczności i prawidłowości formalnej dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamości osoby dającej zlecenie.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UZP nałożył na JSW administracyjną karę pieniężną w wysokości 30.000 zł.

Decyzją z dnia 29 października 2012 r. o numerze KP/47/12 Prezes UZP utrzymał w mocy decyzję własną z dnia 23 lipca 2012 r.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy organ podniósł, że wymóg pośredniczenia banku prowadzącego rachunek, na który ma zostać dokonana zapłata gwarancji, pozostaje kwestią poboczną w stosunku do ustalenia, iż gwarancje ubezpieczeniowe wniesione przez konsorcjum, w istocie spełniały przewidziane ustawą Prawo zamówień publicznych wymogi co do wadium, w zakresie jego bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie, a zamawiający wykluczając z postępowania wykonawcę naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Organ podkreślił, że istotne

jest to, iż sporny wymóg nie powodował, że przedłożone gwarancje ubezpieczeniowe traciły przymiot bezwarunkowych gwarancji wadialnych.

W skardze do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie J. [REDAKTED] wniosła o uchylenie decyzji Prezesa UZP z dnia 29 października 2012 r. oraz poprzedzającej ją decyzji z dnia 23 lipca 2012 r., a także o zasądzenie kosztów postępowania. Skarżąca zarzuciła m.in. poczynienie błędnych i sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, ustaleń faktycznych, przez bezpodstawne przyjęcie, iż [REDAKTED] wykluczyła konsorcjum z postępowania z naruszeniem przepisów ustawy, a także przez uznanie, że treść gwarancji ubezpieczeniowych w pełni zabezpiecza interesy [REDAKTED] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na skargę Prezes UZP wniósł o jej oddalenie.

W piśmie procesowym z dnia 21 marca 2013 r., skarżąca wniosła o przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z dokumentów w postaci załączonych gwarancji ubezpieczeniowych. Jednocześnie podniosła, iż uzasadnieniem dla naruszenia przepisu art. 77 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm., dalej: „k.p.a.”) jest również i to, że organ nie rozważył zasadności twierdzeń zawartych w piśmie [REDAKTED] z dnia 16 listopada 2009 r., do czego był zobowiązany. Ponadto wskazała, że Prezes UZP w żaden sposób nie odniósł się do prezentowanego przez nią stanowiska, iż zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wprowadzenia w SIWZ wymogów w zakresie treści gwarancji wadialnych, jak również do tego, iż wprowadzone w treści spornej gwarancji zapisy powodują, że interesy skarżącej nie zostały zabezpieczone przez pełny okres związania ofertą.

Prezes UZP w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2013 r. wniósł o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w trybie art. 106 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 ze zm., dalej: „p.p.s.a.”), zaś zarzut naruszenia art. 77 § 1 k.p.a. uznał za bezzasadny.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uznał skargę za nieuzasadnioną.

Sąd I instancji nie uwzględnił wniosku dowodowego skarżącej zawartego w piśmie z dnia 21 marca 2013 r. ponieważ nie przyczyniłoby się to do wyjaśnienia istotnych wątpliwości w sprawie.

W ocenie Sądu I instancji, gwarancje ubezpieczeniowe z 30 września 2009 r. nr F09172711 i nr F09172710 dołączone do ofert przedłożonych przez Konsorcjum poprzez zawarty w nich wymóg weryfikacji przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, podpisów złożonych na żądaniu zapłaty, nie posiadały charakteru gwarancji warunkowych i nie były tym samym sprzeczne z treścią pkt 8.5 lit. a SIWZ. Sąd podkreślił, że z treści obu spornych gwarancji wadialnych jasno wynika, że ubezpieczyciel gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę wskazanych w nich kwot wadium na pierwsze żądanie zamawiającego.

W ocenie Sądu, stanowisko Prezesa UZP, co do udzielenia analizowanego zamówienia publicznego przez [REDAKTOWANO] z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych było więc uzasadnione.

Zdaniem Sądu, wbrew stanowisku skarżącej, Prezes UZP nie poczynił w rozpatrywanej sprawie błędnych i sprzecznych z zebrany materiałem dowodowym, ustaleń faktycznych. Ustalenia te uwzględniały zebrany w sprawie materiał dowodowy, na który składa się przede wszystkim dokumentacja dotycząca udzielenia zamówienia publicznego przez [REDAKTOWANO] na [REDAKTOWANO], [REDAKTOWANO] przez innych [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] 2 157 885 [REDAKTOWANO] z [REDAKTOWANO] - w odniesieniu do realizacji zadania 1 i 2, materiały z kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, a także materiały zgromadzone w toku postępowania administracyjnego wszczętego w sprawie nałożenia na [REDAKTOWANO] administracyjnej kary pieniężnej. Podkreślił, że organ nie zanegował w żaden sposób uprawnienia skarżącej do sprecyzowania w SIWZ wymagań dotyczących wadium, w tym również w zakresie zabezpieczenia interesu zamawiającego.

W ocenie Sądu, za niezasadny uznać należało również zarzut naruszenia art. 200 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji.

Jak podkreślił w tym kontekście, jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego to zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu (art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jak wynika z dokumentacji postępowania, Konsorcjum zostało wykluczone z postępowania w zakresie pakietu 1 i 2, w odniesieniu do których złożyło najkorzystniejsze oferty. Z postępowania wykluczony został także inny wykonawca. Zgodnie z art. 24 ust. 4 przywołanej ustawy, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ponadto, zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na pakiety 1 i 2 odrzucił ofertę jednego z wykonawców. Tym samym w postępowaniach dla pakietów 1 i 2 zostało tylko dwóch wykonawców, w tym [REDAKTOWANE], którego oferty dla ww. pakietów (po wykluczeniu Konsorcjum) były najkorzystniejsze (najtańsze) i oferty tego wykonawcy zostały wybrane. W tym stanie rzeczy okoliczność nieuprawnionego wykluczenia Konsorcjum miała wpływ na wynik postępowania, gdyż złożona przez Konsorcjum oferta w pakiecie 1 i 2 zamówienia była ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji powyższego należało uznać za zasadne nałożenie przez Prezesa UZP na [REDAKTOWANE] kary pieniężnej - w trybie art. 200 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku złożyła [REDAKTOWANA] wnosząc o jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i uchylenie zaskarżonych decyzji Prezesa UZP oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności naruszenie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a. w zw. z art. 7, 77 i 107 k.p.a. polegające na oddaleniu skargi pomimo faktu, że

zaskarżona decyzja została oparta o nieprawidłowo ustalony stan faktyczny, polegające na uznaniu, że:

a. treść złożonych przez wykonawcę – Konsorcjum: [REDAKTOWANE] gwarancji ubezpieczeniowych nr F09172710 i F09172711 odpowiada wymaganiom przewidzianym w punkcie 8.5 lit.a SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 49/P/SRH/09 na [REDAKTOWANE]

b. gwarancje ubezpieczeniowe nr F09172710 i F09172711, złożone przez Konsorcjum w postępowaniu nr 49/P/SRH/09 miały charakter bezwarunkowy w rozumieniu punktu 8.5 lit. a SIWZ,

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności 145 § 1 pkt 1 lit.c i art. 174 pkt 4 p.p.s.a. w zw. z art. 7, 77 i 107 k.p.a. polegające na nierozpoznaniu przez Sąd I instancji zarzutu skargi, zgodnie z którym treść złożonych przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowych nr F09172710 i F09172711 nie zabezpieczała interesów Skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 49/P/SRH/09,

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 70 (4) § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm., dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że treść złożonych przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowych nr F09172710 i F09172711 w pełni zabezpieczało interesy Skarżącego w postępowaniu nr 49/P/SRH/09,

4. naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 200 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji, przez bezpodstawne przyjęcie, iż Skarżący wykluczył Konsorcjum z postępowania nr 49/P/SRH/09 z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia.

W piśmie procesowym z dnia 3 listopada 2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej Jastrzębskiej Spółki

Węglowej oraz o zasądzenie według norm przepisanych od strony skarżącej zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył co następuje:

Skarga kasacyjna nie została oparta na usprawiedliwionych podstawach i nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 183 § 1 p.p.s.a., Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, biorąc jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania, a mianowicie sytuacje enumeratywnie wymienione w § 2 tego przepisu. Skargę kasacyjną, w granicach której operuje Naczelny Sąd Administracyjny, zgodnie z art. 174 p.p.s.a., można oprzeć na podstawie naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie oraz na podstawie naruszenia przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Zmiana lub rozszerzenie podstaw kasacyjnych ograniczone jest natomiast, określonym w art. 177 § 1 p.p.s.a. terminem do wniesienia skargi kasacyjnej. Rozwiązaniu temu towarzyszy równoległe uprawnienie strony postępowania do przytoczenia nowego uzasadnienia podstaw kasacyjnych sformułowanych w skardze. Wywołane skargą kasacyjną postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym podlega więc zasadzie dyspozycyjności i nie polega na ponownym rozpoznaniu sprawy w jej całokształcie, lecz ogranicza się do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów przedstawionych w skardze kasacyjnej w ramach wskazanych podstaw kasacyjnych. Istotą tego postępowania jest bowiem weryfikacja zgodności z prawem orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego oraz postępowania, które doprowadziło do jego wydania.

W rozpatrywanej sprawie skarga kasacyjna oparta została na obydwu podstawach określonych w art. 174 p.p.s.a.

Z postawionych w niej zarzutów naruszenia prawa materialnego oraz naruszenia przepisów postępowania o istotnym wpływie wynik sprawy wynika, że niezgodności z prawem zaskarżonego wyroku strona skarżąca kasacyjnie upatruje w tym, że Sąd I instancji wadliwie stwierdził, że kontrolowana decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, nie jest niezgodna z prawem. Według strony skarżącej kasacyjnie, Sąd I instancji błędnie bowiem uznał za prawidłowe stanowisko organu administracji publicznej, że gwarancje ubezpieczeniowe nr F09172710 oraz nr F09172711 złożone przez Konsorcjum [REDAKTOWANE], jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, miały charakter bezwarunkowy i zabezpieczały interes zamawiającego w tymże postępowaniu, co nie dawało podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a skoro jednak do tego doszło, to uzasadnione było nałożenie na zamawiającego kary pieniężnej na podstawie art. 200 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisku temu, strona skarżąca kasacyjnie przeciwstawiała argument, że z pkt 8.5. lit. a) SIWZ wprost wynikało, że treść gwarancji powinna zawierać „jednoznaczne i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu na jego pierwsze pisemne żądanie (bez dodatkowych procedur i dokumentów) sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowo określone [...] okoliczności [...]”. Oznaczało to, że zamawiający wyłączył możliwość złożenia gwarancji warunkowej. W sytuacji więc, gdy wymienione gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium zawierały treść, z której wynikało, że żądanie przez zamawiającego zapłaty kwoty wadium, w celu identyfikacji, musi być przedstawione za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, przy jednoczesnym potwierdzeniu przez ten bank, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób, które mogą zaciągać zobowiązania w imieniu zamawiającego, to zdaniem skarżącej kasacyjnie spółki nie były one bezwarunkowe i płatne na pierwsze żądanie,

albowiem uzależniały zapłatę od dodatkowego warunku w postaci weryfikacji podpisów i potwierdzenia ich przez bank. Gwarancje te były więc niezgodne z SIWZ, co uzasadniało wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z tym, że nie wniósł on wymaganego wadium. Wobec tego, zdaniem skarżącej kasacyjnie spółki, nie było żadnych podstaw, aby jej działanie uznać za niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, a tym samym, aby nałożyć na nią karę pieniężną.

Postawione w skardze kasacyjnej zarzuty nie podważają prawidłowości stanowiska Sądu I Instancji, z którego wynika, że kontrolowana decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie jest niezgodna z prawem.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów opartych na podstawie określonej w pkt 2 art. 174 p.p.s.a. (pkt 1 i pkt 2 *petitum* skargi kasacyjnej) stwierdzić należy, że nie są one skuteczne, a tym samym i usprawiedliwione.

Z omawianych zarzutów wynika, że naruszenie wskazanych w nich przepisów prawa, a mianowicie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a w związku z art. 7, art. 77 i art. 107 § 1 k.p.a., autor skargi kasacyjnej zaadresował wobec stanu faktycznego sprawy, który przyjęty został w niej za podstawę wyrokowania przez Sąd I instancji, co zmierzało do podważenia jego prawidłowości. Zabieg ten, zwłaszcza gdy zważyć na sposób, w jaki omawiane zarzuty zostały skonstruowane oraz uzasadnione, nie może być jednak uznany za skuteczny. Z tego mianowicie powodu, że można i nie należy ustaleń utożsamiać okoliczności faktycznych z prawną ich oceną, a z taka właśnie sytuacja ma miejsce w odniesieniu do omawianych zarzutów kasacyjnych. Jeżeli bowiem za fakt należałoby uznać zdarzenie, zjawisko lub sytuację, które miały miejsce, to gdy chodzi o rozpatrywaną sprawę oraz jej okoliczności, które przyjęte zostały przez Sąd I instancji za podstawę wyrokowania, za „fakt” w przywołanym tego słowa rozumieniu, uznać należałoby zarówno to, że zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 49/P/SRH/09 na [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] jak również i to, że ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, do postępowania tego wstąpiło również Konsorcjum [REDAKTOWANE]

[REDAKCYJNA] składając gwarancje ubezpieczeniowe nr F09172710 oraz nr F09172711. Inną natomiast i sporną w rozpatrywanej sprawie kwestią jest to, czy gwarancje te miały charakter bezwarunkowy zobowiązując gwaranta do zapłaty zamawiającemu sumy wadium na jego pierwsze pisemne wezwanie, jak przyjął to Sąd I instancji, czy też charakteru takiego nie miały, jak twierdzi strona skarżąca kasacyjnie. Stanowi to już więc ocenę sformułowaną na tym etapie procesu stosowania prawa, który wiąże się z kwalifikowaniem danego faktu z punktu widzenia konkretnej normy prawnej, co innymi słowami oznacza, że ocena, czy gwarancje te miały charakter bezwarunkowy i tym samym, czy zostały złożone, czy też nie, jest już elementem procesu subsumcji stanu faktycznego pod konkretny przepis prawa, co w okolicznościach rozpatrywanej sprawy odnieść należy do art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestionując ocenę Sądu I instancji odnośnie do bezwarunkowego charakteru złożonych gwarancji i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, strona skarżąca powinna więc w skardze kasacyjnej postawić zarzut naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie przywołanego przepisu, nie zaś, adresowane wobec faktycznych podstaw wydanego w sprawie rozstrzygnięcia, zarzuty naruszenia przepisów postępowania o istotnym wpływie na wynik sprawy, które w świetle przywołanych argumentów uznać należy za oczywiście nieskuteczne i pozbawione jakichkolwiek usprawiedliwionych podstaw (por. również wyrok NSA z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II FSK 1666/06).

Przechodząc w związku z powyższym do zarzutów naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe ich zastosowanie, które postawione zostały w pkt 3 i pkt 4 *petitum* skargi kasacyjnej, merytoryczną ich ocenę poprzedzić należy koniecznym w rozpatrywanej sprawie przypomnieniem, że zarzut „niewłaściwego zastosowania” prawa materialnego wymaga wykazania i wyjaśnienia, jak powinien być on stosowany ze względu na stan faktyczny sprawy albo dlaczego, ze względu na ten stan faktyczny nie powinien być stosowany, a w przypadku zarzutu niezastosowania przepisu, dlaczego powinien być on zastosowany. Zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego poprzez niewłaściwe jego

zastosowanie polega więc na zarzuceniu tzw. błędu subsumcji, tj. gdy ustalony w sprawie stan faktyczny błędnie uznano za odpowiadający albo nieodpowiadający stanowi hipotetycznemu przewidzianemu w danej normie prawnej. Innym słowy, zarzut niewłaściwego zastosowania prawa materialnego (w formie pozytywnej) wiąże się z zarzuceniem zastosowania normy prawnej, która nie powinna być w danej sprawie zastosowana, albo (w formie negatywnej) z zarzuceniem niezastosowania normy prawnej, która w ocenie wnoszącego skargę kasacyjną powinna być zastosowana w sprawie ze względu na ustalenia jej stanu faktycznego - niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego przez sąd, rozumiane jest, jako sytuacja polegająca albo na bezzasadnym tolerowaniu błędu subsumcji popełnionego przez organ administracyjny, albo wręcz przeciwnie, na bezzasadnym zarzuceniu organowi popełnienia takiego błędu.

Ze sposobu, w jaki sformułowane i postawione zostały zarzuty naruszenia prawa materialnego wynika, że w odniesieniu do niewłaściwego zastosowania art. 70(4) § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 3 *petitum* skargi kasacyjnej), autor skargi kasacyjnej naruszenie to wiąże ze wskazaną powyżej formą negatywną, natomiast w odniesieniu do niewłaściwego zastosowania art. 200 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 4 *petitum* skargi kasacyjnej) z formą pozytywną, co w tym przypadku wyraża się w formułowaniu stanowiska o braku podstaw do orzeczenia wobec zamawiającego kary pieniężnej, a to dlatego, że Konsorcjum nie złożyło wymaganego wadium, co skutkowało w pełni uzasadnionym jego wykluczeniem przez zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W sytuacji, gdy strona skarżąca kasacyjnie podważa prawidłowość zaskarżonego wyroku z punktu widzenia jego zgodności z przywołanymi przepisami prawa materialnego, w odniesieniu do których zarzuca ich niewłaściwe zastosowanie, nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że rozpatrzenie wskazanych zarzutów nie może pomijać stanu faktycznego przyjętego przez Sąd I instancji za podstawę wyrokowania w rozpatrywanej sprawie. Zwłaszcza, że zarzutu naruszenia prawa materialnego nie można

skutecznie uzasadniać próbą zwalczania ustaleń faktycznych, która mogłaby ewentualnie odnieść zamierzony skutek, wyłącznie w ramach podstawy kasacyjnej określonej w art. 174 pkt 2 p.p.s.a. Tym samym, ocena zasadności zarzutu naruszenia prawa materialnego może być dokonywana wyłącznie na podstawie stanu faktycznego, którego ustalenia nie są kwestionowane lub nie zostały skutecznie podważone, nie zaś, na podstawie stanu faktycznego, który sama strona skarżąca kasacyjnie uznaje za prawidłowy.

Wobec tego więc, że jak powyżej to już wyjaśniono przy okazji oceny zarzutów z pkt 1 i pkt 2 *petitum* skargi kasacyjnej, stan faktyczny rozpatrywanej sprawy nie został zakwestionowany, za niesporną jego okoliczność uznać należy to, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń JSW S.A. określonych wyrobów hutniczych, wstąpiło również Konsorcjum [REDAKTOWANE] składając gwarancje ubezpieczeniowe nr F09172710 oraz nr F09172711.

W świetle przywołanych faktów, które są niesporne, brak jest uzasadnionych podstaw, aby podważać prawidłowość stanowiska Sądu I instancji, który stwierdził, że organ administracji publicznej bez naruszenia prawa ustalił i ocenił, że w rozpatrywanej sprawie nie ziściła się, określona w art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z przywołanego przepisu wynika, że wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli nie wniósł wadium. Podkreślając, że wobec restrykcyjnego charakteru regulacji prawnej zawartej w przywołanym przepisie, podlegać on powinien wykładni ścisłej, stwierdzić należy również, że skoro w świetle przywołanych powyżej faktów nie jest sporne, że wadium, w formie gwarancji ubezpieczeniowych, zostało złożone, to nie sposób wywodzić - jak czyni to strona skarżąca kasacyjnie - że wykonawca wadium takiego i w prawem przewidzianej formie nie złożył. Tym bardziej, gdy podkreślić, że sporne gwarancje ubezpieczeniowe - jak oczekiwał tego sam zamawiający w SIWZ w jego pkt 8.2. lit. e) w związku z pkt 8.4. i 8.5., gdy chodzi o wymagania dotyczące wadium - złożone zostały w przewidzianej dla składanego wadium formie oraz jasno i wyraźnie wynika z nich,

że ubezpieczyciel gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwot wadium na pierwsze wezwanie zamawiającego, a kreowany na ich podstawie stosunek zobowiązaniowy ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, oderwanego od stosunku podstawowego. Z treści spornych w rozpatrywanej sprawie gwarancji wynika również, że uprawnienia beneficjenta realizuje się poprzez żądanie zapłaty sum gwarancyjnych ze wskazaniem wystąpienia okoliczności uprawiających do takiego żądania, czemu nie towarzyszy konieczność wykazania wystąpienia dodatkowych przesłanek uzasadniających żądanie zapłaty, a istota wyrażonego w nich zobowiązania gwaranta wyraża się w tym, że nie może on bronić się przed żądaniem zapłaty sumy wadium wynikającej z udzielonych gwarancji ubezpieczeniowych zarzutami wynikającymi ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta gwarancji - [REDAKTION], ze zlecniodawcą gwarancji, tj. Konsorcjum [REDAKTION] U. [REDAKTION] (por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r., sygn. akt II CRN 38/96). Tym samym, eksponowana przez stronę skarżącą kasacyjnie, a powyżej już przywoływana, treść dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych wskazująca na potrzebę identyfikacji przez bank zamawiającego osób składających podpisy na żądaniu zapłaty kwot wadium, w żadnym stopniu nie mogła podważać przedstawionego powyżej charakteru tychże gwarancji ubezpieczeniowych, co w konsekwencji nie dawało również żadnych podstaw, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z nie złożeniem przez niego wymaganego wadium. Wynikający z niej wymóg formalny nie pozostawał w jakimkolwiek związku z przywołanymi powyżej warunkami realizacji uprawnienia zamawiającego do żądania bezwarunkowej zapłaty kwot wadium na pierwsze jego wezwanie. Słusznie więc Sąd I instancji uznał, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych bez naruszenia prawa nałożył na [REDAKTION] karę pieniężną za wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia.

W związku z powyższym, zarzut niewłaściwego zastosowania art. 200 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należało za oczywiście nieusprawiedliwiony.

Odnosząc się natomiast do zarzutu postawionego w pkt 3 *petitum* skargi kasacyjnej, tj. do zarzutu naruszenia art. 70 (4) § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wstępie przypomnieć należy, że z przywołanego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, zaś przywołany przepis k.c. stanowi, iż w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do akcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium).

Zarzut naruszenia przywołanych przepisów prawa nie może odnieść jednak skutku oczekiwanego przez autora skargi kasacyjnej. Nie wyjaśnił on bowiem, z czym konkretnie wiąże tę formę naruszenia art. 70 (4) § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, która polegać miała na ich niezastosowaniu przez Sąd I instancji, ani też nie uzasadnił dlaczego ze względu na stan faktyczny rozpatrywanej sprawy, przepisy te powinny mieć w niej zastosowanie stanowiąc wzorzec kontroli zgodności z prawem decyzji nakładającej na [REDAKTOR] karę pieniężną za wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia.

W związku z powyższym, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 184 w związku z art. 204 pkt 1 p.p.s.a. orzekł, jak w sentencji wyroku.



Wzrost: 170 cm, waga: 60 kg, kolor włosów: ciemny, kolor oczu: niebieski

Katarzyna Łysiak

sekretarz sądowy