

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek- Bujak

**Członkowie:** Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

**Protokolant:** Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Ulianowska 13, Dom Inżynierski Promis S.A., 70-223 Szczecin, ul. Stośława 2, Grand Metropolia Sp. z o.o., m. Chersoń 73036, Ukraina, ul. 40-lecia Października 132 a od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2 protestu z dnia 5 czerwca 2009 r.**

przy udziale konsorcjum firm: **B-Act Sp. z o.o. (lider), 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 24, Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o., 47-400 Racibórz, ul. Lecznicza 7, Przedsiębiorstwo Konserwacji i Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych PEKUM Sp. z o.o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Ulianowska 13, Dom Inżynierski Promis S.A., 70-223 Szczecin, ul. Stoisława 2, Grand Metropolia Sp. z o.o., m. Chersoń 73036, Ukraina, ul. 40-lecia Października 132 a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Ulianowska 13, Dom Inżynierski Promis S.A., 70-223 Szczecin, ul. Stoisława 2, Grand Metropolia Sp. z o.o., m. Chersoń 73036, Ukraina, ul. 40-lecia Października 132 a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., 03-338 Warszawa, ul. Ulianowska 13, Dom Inżynierski Promis S.A., 70-223 Szczecin, ul. Stoisława 2, Grand Metropolia Sp. z o.o., m. Chersoń 73036, Ukraina, ul. 40-lecia Października 132 a.**

## Uzasadnienie

### I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Inżyniera Kontraktu dla zadań Fazy II – Część 2* (numer referencyjny PN 1/2009), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2009 roku, 2009/S 44-064275.

Zamawiający w dniu 26 maja 2009 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: B-Act Sp. z o.o., Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych PEKUM Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania dwóch wykonawców.

W dniu 5 czerwca 2009 roku protest do zamawiającego wniosło wykluczone z postępowania konsorcjum firm ECM Group Polska Sp. z o.o., Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., Dom Inżynierski Promis S.A., Grand Metropolia Sp. z o.o. (konsorcjum ECM/odwołujący), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w związku z art. 65 i art. 81 ust. 1 Prawa bankowego w związku z art. 58 ust. 1 i 3 k.c. i art. 7 ust. 1 pzp.

Protestujący zakwestionowała prawidłowość decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, na tej podstawie, że złożone wadium zostało wniesione z naruszeniem postanowienia siwz, stanowiącego, że gwarancja/poręczenie nie mogą w swojej treści uzależniać wypłaty wadium od potwierdzenia przez bank, jakkolwiek inną osobę trzecią lub instytucję podpisów osób złożonych pod żądaniem wypłaty wadium w imieniu zamawiającego. W uzasadnieniu protestu wykonawca porównał gwarancję ubezpieczeniową do gwarancji bankowej, pomiędzy którymi różnica sprowadza się wyłącznie do podmiotu udzielającego gwarancji, z którego podobieństwa wynikać ma, iż nie można stosować do gwarancji ubezpieczeniowej większych rygorów, niż wymagane prawem bankowym, zwłaszcza, że art. 45 ust. 6 ustawy dopuszcza obie formy, jako równorzędne. Wykonawca wskazał na błąd zamawiającego polegający na uznaniu informacji wskazującej na drogę przedstawiania żądania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego, za warunek wypłaty wadium. Formalności związane z wypłatą wadium nie mogą być utożsamiane z bezwarunkowym zobowiązaniem

gwaranta. Odwołując się do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 roku (II CRN 38/96), protestujący wskazał na sposób interpretacji pojęcia bezwarunkowości gwarancji ubezpieczeniowej jako brak „ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwarantariusza”, a także pojęcia postanowienie umowne (SN z 26.09.2007 IV CSK 118/07), które uzależnia powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego.

W zakwestionowanej przez zamawiającego gwarancji Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. nie został zawarty warunek w rozumieniu art. 89 k.c., co oznacza w ocenie protestującego, że od realizacji zdarzenia przyszłego, jakim jest przesłanie żądania wypłaty za pośrednictwem banku, który potwierdzi podpisy osób działających w imieniu żądającego wypłaty, nie jest uzależnione roszczenie zamawiającego o wypłatę. Zalecenie zawarte w treści gwarancji, by żądanie wypłaty było potwierdzone przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana wypłata z gwarancji oraz by bank ten potwierdził podpisy działających w imieniu żądającego, ma charakter porządkowy, jest zaleceniem niewywołującym skutków normatywnych, o charakterze formalnym. Do wypłaty z gwarancji wystarczy jedynie żądanie zamawiającego oświadczającego, że nastąpiło jedno z gwarantowanych zdarzeń.

Wykonawca odwołał się do przepisu art. 65 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, nakładającego na bank obowiązek sprawdzenia autentyczności i prawidłowości formalnej dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamość osoby dającej zlecenie. Ponieważ zapis gwarancji o potwierdzaniu podpisów przez bank wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, to postawienie w specyfikacji zakazu ich stosowania jest czynnością prawną sprzeczną z ustawą na podstawie art. 58 § 1 k.c. i nie wywiera skutków prawnych od początku – dot. Treści: „Gwarancja/poręczenie nie mogą w swojej treści uzależniać wypłaty wadium od potwierdzenia przez bank, (...) podpisów osób złożonych pod żądaniem wypłaty wadium w imieniu zamawiającego”. Zarówno w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, jak i gwarancji bankowej wiarygodność podpisów sprawdza bank, który prowadzi konto na które zostaną przekazane środki pieniężne, w celu zabezpieczenia się przed koniecznością zwrotu środków, gdyby zostały wypłacone osobie nieuprawnionej.

Zakwestionowana treść gwarancji jest powszechnie znana i akceptowana przez zamawiających, gdyż chroni on również interesy samego zamawiającego. Nie może być on podstawą do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, gdyż nie można mówić, iż wykonawca nie wniósł wadium. Zostało ono wniesione w dopuszczalnej formie,

jest ważne w całym okresie związania ofertą, a jego wypłata nastąpi we wszystkich sytuacjach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania protestacyjnego przystąpili wykonawcy: konsorcjum B-Act Sp. z o.o. oraz konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o.,

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 roku, przekazanym protestującemu w tym samym dniu, oddalając go w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazał, iż sporny zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia był oprotestowany, a zamawiający oddalił w tym zakresie protest powołując się na gwarancje będące w jego dyspozycji, które zostały wystawione bez klauzuli uzależniającej wypłatę wadium od potwierdzenia podpisów przez bank. Zamawiający wyjaśnił, że zapis ten został zamieszczony z powodu niebezpieczeństwa niezrealizowania gwarancji wadialnej z tego powodu, że w skład zarządu Związku Międzygminnego ds. Ekologii wchodzi 6 osób, a zgodnie z paragrafem 17 ust. 6 Statutu Związku Międzygminnego ds. Ekologii (Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 1 grudnia 2005 r. Nr 140, poz. 3484): „Do składania oświadczeń woli w zakresie zarządu majątkiem związku wymagane jest łączne działanie dwóch członków Zarządu lub jednego członka Zarządu i osoby, której Zarząd udzieli pełnomocnictwa”. Zamawiający wyjaśnił, iż mogłaby wystąpić sytuacja, w której bank prowadzący rachunek zamawiającego nie mógłby potwierdzić podpisów osób upoważnionych, których wzoru nie posiada (posiada wzory tylko dwóch podpisów), a tym samym ubezpieczyciel lub gwarant nie mógłby zrealizować gwarancji. Ponadto, w umowie rachunku bankowego nie ma wskazania, że osoby uprawnione do zlecenia w imieniu zamawiającego dyspozycji z rachunku bankowego (których wzory podpisów posiada bank), są uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego i literalnie rzecz biorąc bank prowadzący rachunek zamawiającego nie potwierdzi wprost tego czego wymaga gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa. Ponieważ odwołujący się nie był uczestnikiem postępowania protestacyjnego, jak i nie wniósł własnego odwołania, zamawiający uznał, iż zgodził się on na taki zapis siwz, a zatem składając wadium winien był zapewnić, aby gwarancja ubezpieczeniowa nie zawierała w swej treści niedopuszczalnej klauzuli dotyczącej pośrednictwa banku. Wykonawcy mieli możliwość wnoszenia wadium w dowolnej formie lub formach przewidzianych przez ustawę Prawo zamówień publicznych. W dalszej części uzasadnienia zamawiający rozróżnił konieczność bezwarunkowości gwarancji od konieczności nie zawierania innych klauzul niedopuszczonych przez zamawiającego z uzasadnionych powodów.

Powoływany przez protestującego przepis art. 65 ustawy Prawo bankowe nie znajduje w ocenie zamawiającego zastosowania do żądania wypłaty gwarancji

ubezpieczeniowej, ponieważ dotyczy wypłaty z rachunku bankowego. Wywodzenie z art. 65 Prawa bankowego niedopuszczalności wyłączenia pośrednictwa banku z procesu realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający ocenia jako nadużycie interpretacyjne.

Zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO dla potwierdzenia możliwości regulowania w siwz dodatkowych kwestii związanych z wadium, nie ujętych w ustawie oraz konieczności wykluczenia z postępowania wykonawcy, jeżeli wniesione przez niego wadium nie spełnia wszystkich wymogów siwz.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu w dniu 25 czerwca 2009 roku konsorcjum ECM wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, wnosząc o unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący powtórzył argumentację dotyczącą zastosowania przepisu art. 65 Prawa bankowego, dotyczącego „Rozliczeń pieniężnych przeprowadzanych za pośrednictwem banków”. Uznał, iż skoro dopuszczalne są formy wypłaty gwarancji za pośrednictwem innego banku niż wystawca gwarancji, to tym bardziej dopuszczalne jest potwierdzenie podpisów przez bank beneficjenta gwarancji. W ocenie odwołującego, zapis siwz wpływa w sposób istotny na ograniczenie dopuszczalnych form wnoszenia wadium, gdyż towarzystwo ubezpieczeń, z którym współpracuje wykonawca wymaga obligatoryjnie w treści udzielanych gwarancji zapłaty wadium stosowania klauzuli mówiącej o obowiązku poświadczenia podpisów osób upoważnionych przez bank beneficjenta gwarancji, w przypadku zgłoszenia żądania zapłaty. Zamawiający przyznał, iż zapisu gwarancji nie można oceniać, jako warunku wypłaty gwarancji (byłby on niedopuszczalny), natomiast uznał za dopuszczalny zakaz formalności. W ocenie odwołującego, wszelkie formalności związane z wypłatą gwarancji, nie powodujące jednak warunkowości gwarancji, nie wpływają na jej ważność i skuteczność w świetle Prawa zamówień publicznych (powołując się w tym twierdzeniu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 lipca 2002 roku, V Ca 1087/02, w którym Sąd stwierdził, że wymóg potwierdzania okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty nie rodzi po stronie gwaranta możliwości weryfikacji żądania). Podsumowując, odwołujący stwierdził, iż przedłożona przez niego gwarancja wadialna jest prawidłowa i nie ma podstaw do uznania, że wadium nie zostało wniesione i że zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum, którego liderem ustanowiono firmę B-Act Sp. z o.o.

## II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Skład orzekający nie przychylił się do wniosku przystępującego do postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie KIO okoliczności faktyczne sprawy nie wypełniają przesłanki opisanej w przepisie art. 187 ust. 4 pkt. 6 ustawy pzp. Zgodnie z przywołanym artykułem, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wypełnienie dyspozycji przepisu wymaga ustalenia, czy zaskarżana decyzja zamawiającego, jaką w niniejszej sprawie jest wykluczenie odwołującego z postępowania, została poprzedzona postępowaniem protestacyjnym, ostatecznie rozstrzygniętym. Jak wynika z treści protestu wniesionego w dniu 19 marca 2009 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ILF CONSULTING ENGINEERS Polska Sp. z o.o., został on wniesiony na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakkolwiek kwestionowany był sporny zapis siwz, dotyczący zakazu zamieszczania w treści gwarancji wadialnych zapisu o uzależnieniu wypłaty wadium od potwierdzenia przez bank, jakąkolwiek inną osobę trzecią lub instytucję, podpisów osób złożonych pod żądaniem wypłaty wadium, to czynność zamawiającego dokonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu polegała na ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez utrzymanie dotychczasowego zapisu. Nie można oceniać czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, jako dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, które to rozstrzygnięcie nastąpi dopiero z dniem wydania niniejszego wyroku Izby (art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.). Na tej podstawie Izba uznała, iż odwołanie będące przedmiotem rozpoznania dotyczy nowej czynności zamawiającego, której ocena prawidłowości nie była wcześniej przedmiotem wnoszonych protestów. Za taką interpretacją stosowania przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy, przemawia również orzecznictwo sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 lipca 2008 r., V Ca 1174/08, w którym Sąd stwierdził, iż regulacja ta ma zapobiec powtarzającym się postępowaniom odwoławczym w odniesieniu do tej samej czynności zamawiającego.).

W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący wykazał naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Istota sporu sprowadza się do oceny decyzji zamawiającego, który uznał, iż złożona wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa jest nieprawidłowa, gdyż w jej treści zamieszczono klauzulę o potwierdzaniu przez bank zamawiającego podpisów osób, a tym samym wykonawca nie wniósł wadium i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w treści specyfikacji zamieścił w pkt 12.2 lit. g zapis, iż „gwarancja/poręczenie winno być nieodwołalne i bezwarunkowe. Gwarancja/poręczenie nie mogą w swojej treści uzależniać wypłaty wadium od potwierdzenia przez bank, jakąkolwiek inną osobę trzecią lub instytucję podpisów osób złożonych pod żądaniem wypłaty wadium w imieniu zamawiającego (...)”.

W gwarancji ubezpieczeniowej nr F 09010132 wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń w celu zabezpieczenia wadium oferty odwołującego się konsorcjum, znajduje się zapis o następującej treści: *„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”.*

Na podstawie zamieszczonego zapisu zamawiający uznał, iż złożona gwarancja zapłaty wadium jest niewypłacalna, gdyż bank zamawiającego nie będzie mógł potwierdzić podpisów osób, których wzorów nie posiada.

W tak potwierdzonym stanie faktyczny, skład orzekający stwierdził, iż zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż odwołujący nie wniósł wadium, a następnie wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł, lub wniósł je w niewłaściwej formie. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, m.in. w wyroku SO we Wrocławiu z dnia 29 września 2008 r., X Ga 260/08.

Bezspornym jest, iż odwołujący wniósł przed upływem terminu składania ofert wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a więc w jednej z form dopuszczonej przepisem art. 45 ust. 6 ppkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i ustawa o działalności ubezpieczeniowej, nie regulują szczegółowej treści gwarancji



ubezpieczeniowej, jak i jej formy, a zatem w celu oceny skuteczności wniesionego wadium należy mieć na uwadze cel, jakiemu służyć ma zabezpieczenie oferty wadium. Funkcja wadium nie ogranicza się tylko do wstępnej selekcji uczestników przetargu, ale pełni także rolę kompensacyjną polegającą na ochronie uzasadnionych interesów organizatora przetargu. Stanowi ono zryczałtowane odszkodowanie za szkodę poniesioną przez ogłaszającego przetarg, który z winy oferenta wygrywającego przetarg, nie doprowadził do zamierzonego skutku w postaci zawarcia umowy (*System Prawa Cywilnego, tom 2 Prawo cywilne – część ogólna, str. 361*). W ocenie składu orzekającego decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione jest ustalenie, po pierwsze czy dokument został prawidłowo wystawiony i dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji ubezpieczeniowej zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. Co do prawidłowości oznaczenia zarówno wysokości wadium, terminu ważności gwarancji, beneficjenta gwarancji, jak i oferty, którą ono zabezpiecza, nie było sporu. Natomiast, w odniesieniu do zakresu zobowiązania gwaranta, jego zakres określa treść oświadczenia gwaranta: „zobowiązujemy się nieodwołalnie, bezwarunkowo i gwarantujemy zapłatę powyższej kwoty wadium na pierwsze Wasze żądanie, w przypadku gdyby Zleceniodawca (...) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie (...), w odpowiedzi na skierowane do Niego żądanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, nie złożył w określonym terminie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictwa, chyba że zleceniodawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. W dalszej treści, gwarant uzależnił skutek żądania zapłaty jedynie od pisemnego oświadczenia beneficjenta stwierdzającego, że żądanie zapłaty kwoty wadium jest należne, gdyż zaistniało jedno z opisanych wyżej zdarzeń – oświadczenie musi precyzować, które zdarzenie miało miejsce. W ocenie składu orzekającego, gwarant zabezpiecza w pełni interes zamawiającego, na wypadek wystąpienia okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium i nie wprowadza, żadnych warunków dodatkowych, w celu uzyskania przez niego zapłaty wadium. Również sam zamawiający nie podnosił, iż treść gwarancji uzależnia wypłatę świadczenia od spełnienia jakiegoś warunku. Informacja o formalności, tj sposobie identyfikacji występującego z żądaniem przez uzyskanie potwierdzenia wiarygodności osób występujących w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty nie może być oceniana jako okoliczność prowadząca do niewypłacalności gwarancji ubezpieczeniowej. Ma ona na celu jedynie identyfikację występującego z żądaniem zapłaty kwoty wadium, co jest uzasadnione również ochroną zamawiającego przed ewentualnym roszczeniem o zwrot świadczenia nienależnego. Należy zauważyć, iż powód ewentualnego opóźnienia wypłaty świadczenia pieniężnego przez ubezpieczyciela leżeć może wyłącznie

po stronie zamawiającego, a zatem jest od niego zależny. Zdaniem Izby formalny element wypłaty kwoty wadium nie może być podstawą do uznania, iż wadium nie zostało wniesione. Wprowadzony zapis siwz nie wywołuje skutków, jakie wiąże ustawa w zakresie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy. Wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z siwz, w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta, należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Badana gwarancja ubezpieczeniowa nie pozbawia zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez ubezpieczyciela z tytułu zabezpieczenia wadium wniesionego w przedmiotowym postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego rachunku w maksymalnej wysokości wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła zamawiającego.

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 **Bielsku Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*