

**WYROK**

**z dnia 26 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2013 r. przez **Comarch Polska Spółkę Akcyjną w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu**

przy udziale wykonawcy **MEDINET Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Elbląskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu z Przychodnią, Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Elblągu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **MEDINET Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu** i powtórzenie czynności oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Comarch Polska Spółkę Akcyjną w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Elbląskiego Szpitala Specjalistycznego z Przychodnią, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Elblągu** na rzecz **Comarch Polska Spółki Akcyjnej w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci informatycznej zgodnie z projektem, dostawę i instalację sprzętu komputerowego, dostawę licencji i wdrożenie medycznego systemu informatycznego, dostawę dodatkowych licencji i rozbudowę funkcjonalną oprogramowania administracyjnego.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 sierpnia 2013 roku wykonawca Comarch Polska SA w Krakowie (dalej „odwołujący”) na podstawie przepisów art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp wniósł niniejszym odwołanie wobec:

1. Zaniechania wykluczenia wykonawcy Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. Oleska 121 45-231 Opole (dalej „Medinet”) i wybór oferty Medinet jako najkorzystniejszej, pomimo, że Medinet wniósł wadium (w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium), która zawiera ograniczenia co do wypłaty wadium, pomimo, że powinno ono być płatne zawsze, jeśli zajdzie ku temu podstawa przewidziana w ustawie PZP;
2. Dokonania nieprawidłowej oceny oferty odwołującego, poprzez zaniechanie wezwania, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty a w konsekwencji przyznanie ofercie odwołującego 36,45 punktów w zakresie kryterium Funkcjonalność (F) pomimo, iż oferta odwołującego powinna uzyskać w tym kryterium 37,33 punkty, ponieważ oferowany system realizuje prowadzenie przebiegu leczenia (obserwacji pielęgniarskich z wydrukiem), a nieprzyznanie przez zamawiającego punktów w tym zakresie było wynikiem autorytatywnego przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie zaoferował wskazanej funkcjonalności, co doprowadziło w konsekwencji do błędnego obliczenia punktów przyznanych ofercie w świetle wszystkich kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Medinet pomimo że wykonawca ten nie wniósł wadium, które nie gwarantuje zamawiającemu skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji w okolicznościach przewidzianych ustawą Pzp,
2. Naruszenie art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP oraz art. 87 ust. 1 – poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, arbitralne uznanie, że oferowany system nie spełnia funkcjonalności wymienionej w punkcie 20 tabeli Dodatkowe cechy i funkcjonalności medycznego systemu informatycznego i błędne dokonanie oceny oferty odwołującego i przyznanie niewłaściwej liczby punktów.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Medinet dla części zamówienia „Pakiet 1”,
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Medinet
3. dokonania ponownej oceny ofert w części zamówienia pn. „Pakiet 1”,
4. wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy oferowany system realizuje prowadzenie przebiegu leczenia (obserwacji pielęgniarских z wydrukiem)
5. przyznanie ofercie odwołującego w kryterium Funkcjonalność 37,33 punkty oraz całej ofercie 97,33,
6. Dokonanie dla części „Pakiet 1” ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) odwołujący żąda od zamawiającego: jak wyżej tego o co odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż w ramach zamówienia przewidziano dwie części: „Pakiet 1” i „Pakiet 2”. Odwołujący złożył ofertę w części „Pakiet 1”. W dniu 2 lipca 2013 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego faxem pismo pn.: „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”, w którym zamawiający poinformował o wynikach oceny złożonych ofert i o wyborze - dla części zamówienia „Pakiet 1” - wykonawcy Medinet Systemy Informatyczne sp. z o. o. z siedzibą w Opolu. Oferta odwołującego została zakwalifikowana jako druga w kolejności.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Medinet odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ, Rozdział XI - wymagania dotyczące wadium - każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu zobowiązany był wnieść przed upływem składania ofert wadium zabezpieczającego ofertę danego wykonawcy. Wymagania Zamawiającego w zakresie wadium, określone w SIWZ, przedstawiały się następująco:

Pakiet1 - kwota wadium wynosi: 30.000,00 zł

Wadium wnosi się przed upływem składania ofert. Wadium wnoszone w pieniądzu wnosi się przelewem na rachunek bankowy. Za termin wniesienia wadium uważa się dzień wpływu środków na konto zamawiającego lub złożenie oryginału gwarancji lub poręczenia w siedzibie Zamawiającego Budynek Administracji - kancelaria szpitala do dnia 11.06.2013 roku do godz. 10:00.

Pakiet II - Zamawiający nie wymaga wpłaty wadium.

Wadium może być wnoszone w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych lub poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.).

3. Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe mają być udzielane do końca terminu związania ofertą oraz odpowiadać warunkom formalnym wymaganym dla danej formy wadium przez ustawę „Prawo zamówień publicznych” oraz SIWZ.

4. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn leżących po jego stronie.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

6. Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy którego,

oferta została wybrana jako najkorzystniejsza z zastrzeżeniem art 46 ust 4a.

Wykonawca Medinet załączył do oferty dokument Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/2110/2013, wystawionej przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 (dalej „Wystawca”). Gwarancja ta została wystawiona na kwotę 30 000,00 zł, na cały okres związania ofertą. W ocenie Odwołującego gwarancja ta jednak jest wadliwa w świetle wymagań SIWZ oraz ustawy Pzp. Zawiera bowiem ograniczenia co do możliwości wypłaty przez zamawiającego wadium, ponieważ wystawca zastrzegł w punkcie 8 ppkt 1) i 3) dokumentu gwarancji, że „gwarancja wygasa również w przypadku gdy: (...) 3) Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione.”

Powyższe zastrzeżenie powoduje, że zamawiający nie ma gwarancji uzyskania kwoty wadium w sytuacjach określonych ustawą PZP - gdyby postępowanie zostało unieważnione. Odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania nie może stać na przeszkodzie realizacji uprawnień zamawiającego z tytułu wadium. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie zezwala na tego typu ograniczenie.

Zwracamy uwagę na art. 46 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym „Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.” (powtórzony w pkt 6 SIWZ Rozdział XI).

Zgodnie z ustawą Pzp zamawiający zatrzymuje wadium w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp (gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie) oraz w sytuacjach, w których wybrany wykonawca:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wskazane w gwarancji wadium wybranego wykonawcy postanowienia skutkujące wygaśnięciem zobowiązania gwaranta, uniemożliwiałyby realizację uprawnień z

zamawiającego do zatrzymania wadium określonych w ww. przepisach. Tego typu postanowienia nie mogą zatem znajdować się w gwarancjach wadium składanych w trybie ustawy pzp i w związku z udziałem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje, aby zamawiający występował o realizację wadium przed lub z datą unieważnienia postępowania - może to również zrobić następnego dnia po jego unieważnieniu. To oznacza, że w ww. sytuacjach zamawiający nie będzie miał prawa do realizacji uprawnień gwarancyjnych ze względu na ich wygaśnięcie.

Jak sam zamawiający przyznał w treści odpowiedzi na pierwsze odwołanie, które zostało wycofane z uwagi na fakt, że zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty - „Jako warunek wypłacenia sumy gwarantowanej czyli zaspokojenia gwarantowanych roszczeń beneficjenta wskazano konieczność zgłoszenia tych roszczeń przed [...] unieważnieniem postępowania. Powyższe, choć stanowić może niedogodność dla Zamawiającego zmuszając go do szybkiej oceny czynności wykonawcy i szybkiego podejmowania decyzji i czynności własnych, to jednak nie przekreśla samego celu wadium jakim jest zabezpieczenie podpisania umowy, wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy czy też uzupełnienia dokumentów w trakcie oceny ofert [...] w całym okresie związania ofertą oraz nie uniemożliwia realnego uzyskania kwoty gwarantowanej w przypadku wystąpienia ww. okoliczności w tym okresie.”

Odwołujący zwrócił uwagę na treść orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96), dotyczącego sposobu 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". Stwierdzenia wymaga zatem, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa miała charakter bezwarunkowy i nieodwołalny, który w pełnym zakresie zabezpieczał interes zamawiającego. Tymczasem, jak sam zamawiający wskazuje w przedmiotowym piśmie - gwarancja warunkuje wypłacenie sumy gwarantowanej koniecznością zgłoszenia tych roszczeń przed unieważnieniem postępowania. Warunki ustawowe uprawniające zaś zamawiającego do zatrzymania kwoty wadium zostały jasno określone ust. 46 ust. 4 a i 5 ustawy Pzp. Uzależnienie wypłaty wadium od wykonania czynności przez zamawiającego w określonym czasie (tu - włącznie do dnia unieważnienia postępowania) sprawia gwarancja ta jest niezgodna z treścią SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Również zastrzeżenie, wynikające z treści samej gwarancji, tj. że Gwarant (TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych) „zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji na zapłacenie na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej” w połączeniu z zasadą wyrażoną w punkcie 8, iż gwarancja wygasa w przypadku unieważnienia postępowania, powoduje nie gwarantuje ona wypłaty zamawiającemu wadium we wszystkich przypadkach określonych ustawą. Odwołujący podkreślił, że zgłoszenie roszczenia może nastąpić po unieważnieniu postępowania z przyczyn całkowicie niezależnych od zamawiającego (np. opóźnienia w doręczeniu zawiadomienia do gwaranta o zgłoszeniu roszczenia z winy operatora pocztowego albo innej instytucji pełniącej rolę posłańca).

W ocenie odwołującego nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że roszczenie o zapłatę wadium (które powstaje w sytuacjach określonych w pkt. 4 gwarancji) może być zgłoszone po wygaśnięciu gwarancji. Zobowiązanie gwaranta ma charakter terminowy, tym samym ziszczenie się podstaw do wygaśnięcia tego zobowiązania powoduje, że roszczenie nie może być już zgłoszone. Wszelkie odmienne interpretacje załączonej do oferty Medinet gwarancji oznaczałyby w istocie zmianę jej treści, która jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 w związku z art. 91 ustęp 1 i 2 oraz art. 87 ustęp 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego niewłaściwej oceny oferty odwołującego poprzez nieprzyznanie mu punktów z tytułu funkcjonalności systemu. Zarzut ten odwołujący cofnął oświadczeniem złożonym na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z treścią SIWZ, Rozdział XI - wymagania dotyczące wadium - każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu zobowiązany był wnieść przed upływem składania ofert wadium zabezpieczającego ofertę danego wykonawcy w Pakiecie 1 wadium w wysokości 30.000,00 zł.

Wykonawca Medinet załączył do oferty dokument Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/2110/2013, wystawionej przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie. Gwarancja ta została wystawiona na kwotę 30 000,00 zł, na cały okres związania ofertą. W punkcie 8 ppkt 1 i 3 dokumentu gwarancji wystawca zastrzegł, że „gwarancja wygasa również w przypadku gdy: (...) 3) Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione.”



### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu jest zajęcie stanowiska w sprawie, czy wadium wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, może zawierać klauzulę o jego wygaśnięciu w przypadku unieważnienia postępowania. Ocena powyższego warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą;

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 70<sup>4</sup> § 1 K.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarówno na gruncie Kodeksu cywilnego, jak i ustawy Pzp, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej i wykonywanie tej umowy należą do czynności ubezpieczeniowych, wymienionych w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 roku Nr 11, poz. 66 ze zmianami). Ustawa ta nie reguluje jednak zasad, na jakich winno zawierać się tego rodzaju umowy ani też warunków, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające fakt zawarcia takiej umowy. Niekiedy w piśmiennictwie przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa wywodzi się z umowy ubezpieczenia zawartej na rzecz osoby trzeciej.

Według art. 805 § 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a

ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 zd. 1 K.c. wyraźnie wskazuje, że umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na rzecz osoby trzeciej.

Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta w terminie ważności gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą – wniosek z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy. Ponadto dokument nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, nie pozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.

W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 K.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimkolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą.

W ocenie Izby zawarcie w treści gwarancji klauzuli o wygaśnięciu gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania jest odstępstwem w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawęża zakres odpowiedzialności gwaranta – eliminuje możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego z tego typu gwarancji w określonych okolicznościach, które mogą zaistnieć w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcę, który złożył taką gwarancję, należałoby zatem wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Powyższe wynika z następujących okoliczności:

W myśl art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Pozostałe przypadki i okoliczności zwrotu wadium dokonywanego przez zamawiającego określone zostały w ust. 1a i 2 tego artykułu. Zwrot wadium jest więc czynnością, której na podstawie przepisu ustawy dokonuje zamawiający. Natomiast ani wykonawca, ani też osoba trzecia (w tym przypadku gwarant) za pomocą czynności faktycznych i prawnych nie mogą samodzielnie, w sposób odmienny niż przewidziany w ustawie, dokonać określenia uprawnień i obowiązków zamawiającego w tym przedmiocie. Zawarcie w dokumencie gwarancji klauzuli o jej wygaśnięciu w przypadku unieważnienia postępowania, niesie faktyczny skutek zwrotu wadium, jednakże z tą zasadniczą różnicą, że to nie zamawiający tę czynność przeprowadza i nie ma na powyższe żadnego wpływu. Wygaśnięcie gwarancji następuje samoistnie i niejako automatycznie, z momentem ziszczenia się przesłanki faktycznej w postaci unieważnienia postępowania. Pozbawianie zamawiającego jakichkolwiek możliwości decyzyjnych w takim przypadku – w szczególności wynikającej z dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp oceny kwestii „niezwłoczności”, a więc ustalenia dokładnego momentu zwrotu wadium dokonywanego przez zamawiającego – należy uznać za nieuprawnione. Zwrócić należy bowiem uwagę, że czynność unieważnienia postępowania – jak każda czynność zamawiającego – od momentu jej dokonania nie korzysta z przymiotu ostateczności i może zostać wzruszona w ramach środków ochrony prawnej. Zamawiający może również dokonać jej autokorekty (np. w okolicznościach opisanych w art. 180 ust. 1 i 2 Pzp). Tym samym w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie takiej czynności, postępowanie byłoby kontynuowane, natomiast oferta danego wykonawcy, pomimo nie zakończenia biegu terminu jej związania, na skutek zastosowania klauzuli o wygaśnięciu gwarancji nie byłaby już zabezpieczona wadium. Brak jest bowiem przesłanek do przyjęcia, iż unieważnienie czynności unieważnienia postępowania powoduje restytucję stanu prawnego wynikającego z gwarancji, która w związku z unieważnieniem postępowania wygasła. Tymczasem utrzymanie ważności wadium ma w takim przypadku o tyle istotne znaczenie, iż zamawiający, w toku na nowo podjętego postępowania, może przeprowadzać dalsze czynności, w tym np. wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdyby wówczas zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający nie mógłby dochodzić roszczenia z tytułu gwarancji, ponieważ roszczenie to już by nie istniało. Przy czym zamawiający nie mógłby również zażądać ponownego wniesienia wadium, gdyż ustawodawca nie przewidział w ustawie Pzp takiej możliwości. Zamawiający może żądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu

zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w ust. 3 tegoż artykułu, tj. w sytuacji, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Uprawnienia tego nie można interpretować rozszerzająco poprzez możliwość żądania wniesienia wadium przez wszystkich pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....