

Sygn. akt KIO/UZP 190/09

WYROK
z dnia 2 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia reprezentowany przez Wrocław 2012 Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36** protestu z dnia 27 stycznia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: MAX BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S.A., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności uwzględnienia w całości protestu z dnia 27 stycznia 2009 r. wniesionego przez Konsorcjum firm: MAX BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S.A., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin oraz nakazuje unieważnienie czynności podjętych w następstwie uwzględnienia tego protestu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia reprezentowany przez Wrocław 2012 Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36** 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 **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02–673 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia reprezentowany przez Wrocław 2012 Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36** na rzecz **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02–673 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~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 **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02–673 Warszawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektów wykonawczych dla nowego stadionu przy ul. Drzymały we Wrocławiu oraz budowę stadionu (Dz. Urz. UE 2008/S 128 – 169922 z 4.07.2008 r.) w dniu 20 stycznia 2009 r. Zamawiający Gmina Wrocław reprezentowana przez Wrocław 2012 Sp. z o.o. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa SA; J&P Avax SA z siedzibą w Atenach; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” SA; Modern Construction Design Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Powyższy wybór został oprotestowany w dniu 27 stycznia 2009 r. przez Konsorcjum firm w składzie: Max BÖGL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w D-92369 Sentgenhal, Niemcy oraz Budimex Dromex SA z Warszawy.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) to jest:

1. art. 45 ust. 1, ust. 3 ust. 6 Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp w związku z art. 53 Pzp i postanowieniami rozdziału IX pkt 1,2,3,4 i 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez przyjęcie, że wybrany wykonawca wniósł wadium w sposób przewidziany przepisami ustawy Pzp gdy oryginalny dokument gwarancji udzielonej przez Alpha Bank AE Psychico Brench z siedzibą w Grecji z dnia 4 grudnia 2008 r. wraz z tłumaczeniem z dnia 3 grudnia 2008 r., nie spełnia wymogów, zarówno co do treści gwarancji jak i wysokości sumy gwarancyjnej składającej się na wadium ,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z postanowieniami rozdziału XI pkt 8 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, mimo nie wniesienia wadium,

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty najkorzystniejszej, mimo że winna ona podlegać odrzuceniu,

5. art. 7 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji w następstwie naruszeń przepisów ustawy i postanowień SIWZ wskazanych wyżej.

6. ponadto zarzucono naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 i ust. 4 art. 5 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90 , poz. 999 ze zm.) i rozdziału IX pkt 2 SIWZ .

7. naruszenia art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2000 Nr 72, poz. 665 ze zm.) oraz zarządzenia Komisji Nadzoru Bankowego z dnia 30 czerwca 1989 r., dotyczącego wystawiania gwarancji bankowych.

Protestujący domagał się :

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Warszawa SA,
3. dokonania ponownego badania, oceny i wyboru oferty.

W uzasadnieniu zarzutów protestujący podniósł co następuje:

I. Wykonawca Konsorcjum reprezentowane przez lidera Mostostal Warszawa SA, którego oferta została wybrana złożył dokument gwarancji bankowej, wystawionej przez Alpha Bank A.E. Psychico Branch (0110) 214 Kifissias Avenue, 15451 Ateny, Grecja. z 4 grudnia 2008 r., z dołączonym tłumaczeniem własnym, gdzie jako data wystawienia gwarancji podane zostało, 3 grudnia 2008 r., czyli do innego dokumentu niż przedstawiony. Zamawiający nie dopuścił składania oferty w języku angielskim, więc oferta powinna zostać odrzucona. Ponadto podmioty wykonujące zadania publiczne zobowiązane są dokonywać czynności w języku polskim, o czym stanowi ustawa o języku polskim.

II. Tłumaczenie własne dokonane przez wybranego wykonawcę, nie odpowiada treści oryginału i dostosowuje brzmienie tego dokumentu do wymagań art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

1. W ocenie protestującego przedstawiona gwarancja nie spełnia wymogów polskiego prawa bankowego, w odniesieniu do treści jaką winna zawierać.

2. W gwarancji nie zostały wymienione dokładne nazwy podmiotów wchodzących w skład wybranego Konsorcjum. Z dokumentów oferty nie wynika, aby Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” SA posługiwało się nazwą skróconą „Wrobis” SA – jak zostało to ujęte w omawianej gwarancji oraz, że firma J& P Avax SA nie używa nazwy, która widnieje w tekście gwarancji, to jest J AND P Avax SA.

3. Przedstawiona gwarancja nie spełnia wymagań, albowiem nie zawiera klauzuli o bezwarunkowości zobowiązania gwaranta do wypłaty wadium. Zawarte zobowiązanie o nieodwołalności gwarancji oznacza jedynie brak uprawnień do jej jednostronnego odwołania, nie zaś do bezwarunkowego wykonania, bez potrzeby udokumentowania, że zdarzenia, z którymi związana jest wypłata wadium nastąpiły. Z dokonanego na zlecenie protestującego tłumaczenia przysięgłego wymienionego dokumentu wynika, że Zamawiający będzie mógł zatrzymać wadium między innymi w przypadku:

- a) gdy wykonawca nie wniesie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, ustawa Pzp w art. 46 ust. 5 pkt 2 mówi o wniesieniu zabezpieczenia „należytego” wykonania umowy,

- b) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z winy wykonawcy, ustawa Pzp w art. 46 ust. 5 pkt 3 mówi o zatrzymaniu wadium, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Protestujący przytoczył liczne wyroki Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie ukształtowana linia orzecznicza opowiada się za stanowiskiem, iż dyspozycja gwarancji, że zamawiający może zatrzymać wadium, gdy nie dojdzie do podpisania umowy z „winy” wykonawcy, nie obejmuje wszystkich przypadków, które mogą powodować brak zawarcia kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, i nie oznaczających, iż sytuacja taka musi być jednoznacznie zawiniona przez wybranego oferenta, który odmawia podpisania umowy.

4. Wykonawcy zostali zobowiązani do wniesienia wadium w kwocie 9 000 000 PLN. Gwarancja wystawiona przez Alpha Bank A.E. Psychico Branch w dniu 4.12.2008 r. wykazuje w nagłówku oraz w treści sumę gwarancyjną wyrażoną w euro 1.210 000,00 EUR, co na dzień 2.12.2008 r. stanowi równowartość 4 419 283,00 PLN. W przekonaniu protestującego powyższe brzmienie gwarancji nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia kwotą wymaganego wadium, na podstawie wymienionej gwarancji bankowej. Zamawiający został obciążony ryzykiem zmian kursowych, prowadzących do możliwości obniżenia wniesionego wadium poniżej poziomu wymaganego w SIWZ. Cytowane postanowienia gwarancji czynią ją warunkową, bowiem Zamawiający będzie mógł otrzymać kwotę 4.419 283,00 PLN, tylko wówczas gdy kurs walutowy ustalany na 2.12. 2008 r. pozostanie niezmienny. Fakt udzielenia gwarancji bankowej w walucie innej niż określona przez Zamawiającego, stanowi nie tylko naruszenie wymagań SIWZ, ale i zasady walutowości, określonej w art. 358 K.c., z której wynika, że zobowiązania winny być wyrażane w złotych polskich, co czyni omawianą gwarancję nieważną, na podstawie innych przepisów, zatem ofertę podlegającą odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

III - IV. W podsumowaniu zarzutów protestujący stwierdził, że Konsorcjum Mostostal Warszawa SA; J&P Avax SA; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” SA; Modern Construction Design Sp. z o.o., winno zostać wykluczone ze względu na brak wniesienia wadium, a jego oferta odrzucona, w następstwie wykluczenia. Skoro Zamawiający zaniechał obligatoryjnych czynności, naruszył tym samym wskazane w proteście przepisy ustawy Pzp i postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

V - VI. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona, uzasadnia czyniony Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz zarzut nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Protestujący swoje ustalenia poczynił na podstawie załączonego do protestu tłumaczenia przysięgłego z języka angielskiego przedmiotowej gwarancji bankowej, wykonanego przez tłumacza mgr Joannę K. z Opola, dnia 9 stycznia 2009 r.

Do postępowanie wywołanego wniesieniem protestu, na wezwanie Zamawiającego z dnia z dnia 27 stycznia 2009 r., w dniu 30 stycznia 2009 r. przystąpiło wybrane Konsorcjum: Mostostal Warszawa SA; J&P Avax SA; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” SA; Modern Construction Design Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu jako bezzasadnego, powołując się jednocześnie na interes prawny w uzyskaniu zamówienia i utrzymaniu wyboru jego oferty.

W dniu 5 lutego 2009 r. Konsorcjum Mostostal Warszawa SA złożyło do Zamawiającego pismo, w którym kwestionowało zarzuty protestu, do którego załączyło oświadczenie przedstawicieli Alpha Banku AE, że wystawiona gwarancja nr GRA 005918/4.12.2008 r., powinna być rozumiana w następujący sposób, że wiążąca jest kwota w PLN, natomiast kwota w EUR została podana jedynie na potrzeby wewnętrznych rozliczeń Banku.

Pismem doręczonym dnia 9 lutego 2009 r., Zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego uwzględnienie w całości, w zakresie zgłoszonych żądań. Natomiast w odniesieniu do zarzutów, Zamawiający jedynie w części podzielił poglądy protestującego.

Ad I. Zamawiający uznał zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 4 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.) za chybiony. Przepisy te nie oznaczają, że w postępowaniu mogą być wyłącznie uwzględniane dokumenty w języku polskim. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane, (Dz. U. Nr 188, poz. 1155 ze zm.), odnosi się jedynie do dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. Dokument potwierdzający wniesienie wadium, nie jest składany w tym charakterze, zatem nie mają do niego zastosowania przepisy § 4 ust. 3 rozporządzenia, wymagającego złożenia dokumentu obcojęzycznego wraz z tłumaczeniem przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego, w odniesieniu do innych dokumentów, żaden przepis ustawy i aktów wykonawczych nie narzuca określonego sposobu poświadczania tłumaczenia. Z tych względów zdaniem Zamawiającego, wystarczające było tłumaczenie własne wykonawcy, które przedłożył on w dokumentach oferty.

Ad II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 1, ust. 3 i 6 Pzp oraz i art. 46 ust. 5 Pzp w związku z art. 53 Pzp, Zamawiający zajął następujące stanowisko.

1. Umowa o udzielenie gwarancji została zawarta zgodnie z zasadami ustalonymi w Konwencji Rzymskiej, z dnia z dnia 19 czerwca 1980 r. o prawie właściwym dla międzynarodowych zobowiązań umownych, której stronami jest Polska i Grecja. Przewiduje ona stosowanie przepisów państwa, w którym ma siedzibę strona - bank, na którym spoczywa obowiązek spełnienia świadczenia, czyli w tym przypadku prawa greckiego. W konsekwencji Zamawiający uznał, że dokonywanie jakiegokolwiek analizy zgodności brzmienia gwarancji z prawem polskim jest nieuprawnione, gdyż prawem które materialno – prawnie reguluje zagadnienia gwarancji, jest prawo greckie.

2. Zamawiający nie przychylił się do zarzutu naruszenia art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 Nr 72, poz. 665) ani wskazanego zarządzenia komisji Nadzoru Bankowego z 30 czerwca 1998 r. Podzielił natomiast argument, że podmioty wchodzące w skład wybranego Konsorcjum zdefiniowane zostały nieprawidłowo w dokumencie gwarancyjnym, ich nazwy nie odpowiadają ściśle dokumentom rejestrowym. Z tych względów przedłożoną gwarancję uznał za wadliwą. Skoro w treści gwarancji członkowie Konsorcjum zostali nieprawidłowo oznaczeni, skutkuje to naruszeniem powołanej regulacji art. 45 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. W przedłożonej gwarancji zawarta jest jedynie adnotacja o jej „nieodwołalności,” co nie jest jednoznaczne z wymaganymi klauzulami „bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie.” Praktyka ograniczania się gwaranta przy kształtowaniu treści zobowiązania, wyłącznie do określenia „na pierwsze żądanie” nie jest bowiem właściwa. Dla własnego bezpieczeństwa strony umowy podstawowej, powinny dążyć do sprecyzowania jej znaczenia w treści listu gwarancyjnego, w szczególności przez wskazanie, że gwarant nie może powoływać się na zarzuty dotyczące istnienia i ważności umowy podstawowej oraz rzeczywiste niezrealizowanie się zabezpieczonego rezultatu. Opatrzenie gwarancji klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” oznacza, że niedopuszczalne jest skuteczne powoływanie się przez bank na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona (uchwała 7 sędziów SN z 16.04.1993 r. sygn. III CZP 16/93 OSNCP z.10, poz. 166). Tym samym potwierdzono pogląd doktryny, iż gwarancja ma charakter samodzielny i nieakcesoryjny, ponadto abstrakcyjny. Opatrzenie gwarancji określeniem „bezwarunkowa” kreuje abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Powołane „Jednolite Reguły Dotyczące Gwarancji na

Żądanie, są wzorcem umownym, którego stosowanie uzależnione jest od jego doręczenia, jak stanowi art. 384. K.c. W konsekwencji uznał zarzuty protestu za zasadne.

Pkt 3a i pkt 3b. Ze względu na rozbieżność między sformułowaniami gwarancji, a okolicznościami uprawniającymi do zatrzymania wadium, określonymi w art. 46 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp, Zamawiający uwzględnił zarzuty protestu. Zamawiający wymagał w rozdziale XVII SIWZ wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z tych względów podanie w gwarancji, że Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku nie wniesienia „zabezpieczenia wykonania umowy,” nie odnosi się do instytucji „zabezpieczenia należytego wykonania umowy,” określonej w powołanym przepisie. Zamawiający opowiedział się za stanowiskiem przeważającym w orzecznictwie i doktrynie, że określenie jakie zawiera art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp, „przyczyny leżące po stronie wykonawcy,” obejmuje przypadki szersze niż tylko „nie zawarcie umowy z winy wykonawcy.”

4. Zamawiający stwierdził, że jest w posiadaniu oryginału wymienionej gwarancji, a konsorcjanci wnieśli również wadium, którego łączna kwota wynosi wymagane 9 000 000,00 PLN. W odniesieniu do argumentu dotyczącego waluty rozliczeń (tj. EUR), Zamawiający stwierdził, że w obecnej sytuacji, dokument gwarancji zabezpiecza jego interesy majątkowe. Wobec powyższego oddalił zarzut w tym zakresie.

Z takim rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się wykonawca wybrany - Konsorcjum reprezentowane przez pełnomocnika Mostostal Warszawa SA i w dniu 19 lutego 2009 r. wniósł odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 45 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie,

2) dokonanie nieprawidłowej wykładni treści gwarancji bankowej wystawionej przez Alpha Bank AE Psychico Branch oraz bezzasadne uznanie, że w treści tej gwarancji bankowej wykonawca został błędnie zdefiniowany;

3) naruszenie art. 60 i art. 65 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, przez zaniechanie dokonania wykładni oświadczenia złożonego przez gwaranta - Alpha Bank AE Psychico Branch, zgodnie z zasadami określonymi tymi przepisami,

4) naruszenie art. 46 ust. 5 Pzp, przez błędną interpretację tego przepisu, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, że gwarancja bankowa wystawiona przez Alpha Bank AE Psychico Branch nie spełnia wymagań określonych w treści ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, ponieważ w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności zgodnych z treścią rozstrzygnięcia protestu, byłby wykluczony z postępowania, a jego oferta zostałaaby odrzucona, co uniemożliwiłoby Odwołującemu się uzyskanie zamówienia. Dalej Odwołujący argumentował, że wniesienie odwołania przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności, których dokonania żądał protestujący, jest konieczne z uwagi na treść przepisu art. 181 ust. 6 i 7 Pzp, zgodnie z którymi wykonawca, który przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę, nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, nie może także następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. W przedmiotowej sprawie, w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający dokonałby: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownej oceny ofert, wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, a Odwołującemu nie przysługiwałby na te czynności żaden środek odwoławczy.

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wnosił o stwierdzenie, że jego oferta jest zabezpieczona wadium w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami ustawy - Prawo zamówień publicznych, zatem nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty. W konsekwencji, wnosił o utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, alternatywnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, z uwzględnieniem faktu, iż Odwołujący się nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, i o nakazanie powtórnego dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z czterema zarzutami, które jak wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający uznał za zasadne. Są to zarzuty w zakresie wadliwego oznaczenia wykonawcy w treści gwarancji bankowej, wystawionej przez Alpha Bank AE Psychico Branch, a także w zakresie treści powołanej gwarancji, które w opinii Zamawiającego powodują niezgodność tej gwarancji z treścią art. 46 ust. 5 Pzp. Odwołujący wywodził, że zawarta w proteście argumentacja nie jest prawidłowa i żaden z zarzutów protestującego Konsorcjum nie zasługiwał na uwzględnienie. Rozstrzygnięcie protestu pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji również niezgodne z przepisami tej ustawy, byłyby czynności, które Zamawiający zobowiązany byłby podjąć w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Oferta, która zostałaaby wybrana w następstwie czynności podjętych po uwzględnieniu

protestu Konsorcjum Max BÖGL Polska Sp. z o.o. nie byłaby bowiem ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący uznał za bezpodstawne uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów:

1. niewłaściwego oznaczenia wykonawców w treści gwarancji bankowej,
2. iż gwarancja nie ma charakteru gwarancji bezwarunkowej,
3. iż treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. iż treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący przedstawił następujące argumenty, wskazujące na wadliwość rozstrzygnięcia protestu i ustaleń w nim dokonanych.

1. W opinii Zamawiającego, niepełne wskazanie w treści gwarancji bankowej firmy spółki Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 Wrobis" S.A. (oznaczenie jej jedynie jako „Wrobis” S.A.), a także zamiana w firmie spółki J&P Avax S.A., łącznika „&” na „AND” oznaczają naruszenie zapisu działu IX pkt 7 SIWZ, który odsyła do okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 Pzp. Jak twierdzi Zamawiający, skoro w treści gwarancji bankowej członkowie Konsorcjum zostali nieprawidłowo oznaczeni, skutkuje to naruszeniem powołanej regulacji Pzp, gdyż wykonawca został źle zdefiniowany. Stanowisko Zamawiającego, Odwołujący uznał za nieprawidłowe. Fakt wskazania w treści gwarancji bankowej jedynie skróconej nazwy spółki: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” S.A. oznaczonej „Wrobis S.A.,” nie może świadczyć o nieprawidłowym zdefiniowaniu wykonawcy, ponieważ nie może być wątpliwości, że pomimo oznaczenia spółki skróconą nazwą Wrobis S.A., istnieje możliwość pełnej identyfikacji powołanej w treści gwarancji bankowej spółki, jako - Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” S.A. Po pierwsze należy podkreślić, że na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie jest zarejestrowana żadna inna spółka, która działa w formie spółki akcyjnej i posiada w firmie oznaczenie „Wrobis”. Ponadto bezsprzecznym oznaczeniem identyfikującym podmiot jest wskazanie adresu Wrobis S.A.: ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław, Polska. Nie może również budzić wątpliwości fakt oznaczenia w treści gwarancji bankowej Alpha Bank AE, drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J & P Avax SA Zamiana łącznika „&” na łącznik „AND” nie ma żadnego istotnego znaczenia dla możliwości właściwej identyfikacji spółki, która ubiega się o

udzielenie niniejszego zamówienia. Łączniki „&” i „AND” używane są przez przedsiębiorców zamiennie, oznaczają bowiem dokładnie to samo. Nie można również uznać, że w treści gwarancji oznaczony jest jakiś inny, niż J&P Avax SA podmiot, ponieważ pod wskazanym ateńskim adresem działa właśnie J&P Avax SA, co wynika z załączonego do oferty Odwołującego się odpisu z rejestru przedsiębiorców. Według Odwołującego, o wadliwości gwarancji bankowej w świetle art. 46 ust. 5 Pzp można byłoby mówić wyłącznie w przypadku, gdy jej treść uniemożliwiałaby realizację skierowanej do Zamawiającego dyspozycji tej normy prawnej (nakazu zatrzymania wadium w zdefiniowanych przepisem przypadkach). Innymi słowy, Zamawiający mógłby uznać przedstawioną gwarancję bankową za wadliwą w rozumieniu ustawy - Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdyby nie mógł skutecznie zwrócić się do Alpha Banku AE o zapłatę gwarantowanej kwoty wadium, w przypadkach określonych w przepisie art. 46 ust. 5 Pzp. W odniesieniu do kwestionowanej gwarancji bankowej sytuacja taka nie ma jednak miejsca. Treść gwarancji Alpha Bank AE zawiera niebudzące wątpliwości oznaczenie postępowania, którego dotyczy, beneficjenta (Zamawiającego), gwaranta (bank), kwotę zabezpieczenia, walutę, warunki żądania zapłaty oraz datę ważności, która zabezpiecza ofertę Odwołującego się w całym pierwotnym okresie związania ofertą. Nawet zatem gdyby uznać, że zleceniodawcą jest wyłącznie dwóch wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oznaczenie nie budzi wątpliwości Zamawiającego (Mostostal Warszawa S.A. oraz Modern Construction Design Sp. z o.o.), gwarancja taka zabezpieczałaby interesy Zamawiającego, ponieważ na jej podstawie Zamawiający byłby uprawniony do żądania zapłaty oznaczonej w niej kwoty wadium od Konsorcjum, gdyby zaszła któraś z okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 Pzp. Przedstawiony pogląd, według Odwołującego potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego i Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 6/08), w zakresie zarzutu braku wniesienia wadium przez wybrane konsorcjum skutkujące obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, skład orzekający Izby nie przychylił się do przedstawionego przez odwołującego stanowiska, gdyż stwierdził, „że zgodnie z 46 ust. 5 ustawy Pzp, wadium służy zabezpieczeniu interesu zamawiającego na wypadek odmowy przez wybranego wykonawcę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, zaniechania wniesienia zabezpieczenia, albo niemożności podpisania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Okoliczność wniesienia wadium przez jednego z konsorcjantów w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, nie stoi na przeszkodzie uzyskaniu przez Zamawiającego świadczenia od ubezpieczyciela.” (...) Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. II Ca 489/06). W analogicznym stanie

faktycznym, Sąd ten stwierdził, że „data wystawienia na rzecz jednego członka konsorcjum gwarancji - wcześniejsza w stosunku do udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum - nie miała żadnego znaczenia prawnego, a w szczególności nie dawała podstaw do przyjęcia, iż omawiana gwarancja nie została wniesiona przez konsorcjum.” W przywołanym przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku (sygn. II Ca 489/06, z dnia 12 maja 2006 r.) Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził ponadto „złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej przez jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielnie wadium.” Odwołujący podkreślił, że zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wspólnie zobowiązany jest konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 K.c. w zw. z art. 366 K.c. i art. 14 Pzp. Członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 K.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący powołał się, że podobnie w wyroku z dnia 31 marca 2008 r. (sygn.: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08), Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że nie może świadczyć o nieprawidłowości gwarancji fakt, iż jest ona wystawiona nie na konsorcjum, lecz tylko i wyłącznie na Bumar Sp. z o.o., przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy, tj., na dostawę 9 mm pistoletów samopowtarzalnych — w ilości 25.701 kompletów” oraz warunki, odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 Pzp, po których ziszczeniu się beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja ta, zabezpieczając ofertę w konkretnym postępowaniu (...) nie uzależnia przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy Spółka Bumar Sp. z o.o. występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum.” Odwołujący podnosił, że stanowisko Zamawiającego, co do niewłaściwego oznaczenia dwóch, z czterech wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nawet gdyby było słuszne, nie mogłoby stanowić podstawy do uznania, że gwarancja bankowa nie chroni jego

interesów w zakresie zabezpieczenia oferty wymaganym wadium. Dla możliwości realizacji gwarancji wystarczyłoby bowiem, że w treści gwarancji zostałby prawidłowo wskazany jeden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Odwołujący podkreślał przy tym, iż argumentacja ta podnoszona jest jedynie z ostrożności procesowej, ponieważ w treści gwarancji jednoznacznie została określona tożsamość poszczególnych podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum i jest oczywiste, że bank - gwarant nie miałby żadnej możliwości odmowy wypłaty Zamawiającemu sumy gwarancyjnej. Odwołujący stwierdził także, że nie jest zrozumiała postawa Zamawiającego, w zakresie oceny sprzeczności gwarancji z SIWZ. W szczególności Zamawiający nie precyzuje, na czym sprzeczność ta miałaby polegać. Podkreślił, że Zamawiający ani nie jest uprawniony do tego, by w SIWZ stawiać jakiegokolwiek warunki co do treści gwarancji, ani też nie jest uprawniony do weryfikacji treści gwarancji pod kątem jej zgodności z SIWZ. Zakres swobodnego uznania Zamawiającego odnośnie wymagań - co do wadium, sprowadza się wyłącznie do ustalenia jego kwoty w granicach wyznaczonych przez art. 45 ust. 4 Pzp. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z art. 45 ust. 6 tej ustawy, jednoznacznie wynika, że wadium może być wniesione w jednej z kilku form, a wybór w tym zakresie należy do wykonawcy. To również ustawa, a nie SIWZ, definiuje przypadki, w których Zamawiający może wadium zatrzymać. Jeżeli więc Zamawiający otrzyma ważną i wykonalną gwarancję bankową - na wymaganą kwotę, umożliwiającą zatrzymanie wadium w sytuacjach opisanych ustawą, to musi uznać, że wadium zostało skutecznie wniesione. Prawo zamówień publicznych nie zna też instytucji „sprzeczności wadium z SIWZ.” Zamawiający może weryfikować jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, merytoryczną zgodność oferty z SIWZ oraz fakt wniesienia wadium w wymaganej wysokości i na wymagany okres. Ocena „prawidłowości” wadium sprowadza się więc wyłącznie do badania jego zgodności z ustawą, a nie zgodności z SIWZ. Jeżeli nawet Zamawiający postawiłby odnośnie treści gwarancji bankowej wymóg wykraczający poza wymagania prawa zamówień publicznych, to byłby zobowiązany do uznania za wniesione także takiego wadium, które nie spełniałoby wymagań SIWZ, lecz spełniałoby wymagania ustawowe. W przekonaniu Odwołującego, wadium wniesione jest ponad wszelką wątpliwość ważne i zabezpiecza ono interes Zamawiającego w zakresie wymaganym przez ustawę - Prawo zamówień publicznych, a w szczególności umożliwia wykonanie wszelkich uprawnień przysługujących Zamawiającemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Tym samym argumentacja Zamawiającego w zakresie wadliwości oznaczenia wykonawcy w treści gwarancji bankowej oraz sprzeczności treści tej gwarancji z SIWZ jest całkowicie pozbawiona podstaw, a oferta Odwołującego się została niewątpliwie zabezpieczona wadium w wymaganej wysokości.

2. Odwołujący wykazywał niezasadność zarzutu braku bezwarunkowego charakteru gwarancji. Jak wynika z rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający uznał gwarancję bankową Alpha Bank AE za wadliwą, ponieważ w opinii Zamawiającego nie jest ona gwarancją bezwarunkową. Cały wywód Zamawiającego w tym zakresie, według Odwołującego, opiera się na błędnym założeniu, że aby gwarancja była „bezwarunkowa”, musi to wprost wynikać z jej treści, to jest, że musi w jej treści znaleźć się zapis oznaczający gwarancję jako bezwarunkową. Należy podkreślić, że założenie takie nie wynika z jakiegokolwiek przepisu prawa i jest sprzeczne z istotą warunku. Kluczowe w przedmiotowej sprawie jest ustalenie, jak musiałaby być sformułowana gwarancja, aby można było ją uznać za warunkową. Gwarancja „warunkowa” nie jest terminem legalnym, więc żaden przepis nie formułuje przesłanek uznania gwarancji za „warunkową”. Nie można też stwierdzić, że termin ten odnosi się do pojęcia „warunku”, o którym mowa w art. 89 i następujących Kodeksu cywilnego, ponieważ jest to zupełnie odrębna instytucja, a „warunek” cywilistyczny rozumiany jest jako zdarzenie przyszłe i niepewne, od którego wystąpienia zależne jest powstanie lub ustanie skutków czynność prawnej. Pojęcia gwarancji „warunkowej i bezwarunkowej” są pojęciami funkcjonującymi w praktyce bankowej, wyłącznie zatem na gruncie tej praktyki należy analizować zawartość pojęciową „bezwarunkowości” i „warunkowości” gwarancji bankowej. W praktyce zaś, termin „gwarancja warunkowa” oznacza gwarancję, której wykorzystanie (spełnienie świadczenia gwaranta) uzależnione jest od spełnienia określonych wymagań (warunków) przez beneficjenta. Spełnienie tych wymagań może być przy tym w pełni zależne od woli beneficjenta i zazwyczaj chodzi tu o wymagania formalne, takie, jak przedstawienie gwarantowi określonego dowodu na okoliczność powstania przesłanki wypłaty sumy gwarancyjnej. Aby więc warunek wypłaty sumy gwarancyjnej istniał, musi być on zdefiniowany w treści gwarancji. Samo sformułowanie gwarancja warunkowa de facto nic nie oznacza. Postawienie wymagania, które musi być spełnione w celu uzyskania wypłaty sumy gwarancyjnej z oczywistych względów wymaga jasnego zdefiniowania tego wymagania. Termin „gwarancja bezwarunkowa” w praktyce oznacza, że gwarant nie stawia żadnych innych warunków wypłaty, poza przedstawieniem pisemnego wezwania do zapłaty i oświadczenia beneficjenta o tym, że wystąpiła przesłanka wypłaty. Zdaniem Odwołującego, taki stan ma miejsce w wypadku kwestionowanej przez protestujące Konsorcjum i Zamawiającego, gwarancji Alpha Bank AE. Z jej treści nie wynika jakkolwiek warunek wypłaty sumy gwarancyjnej, a jej charakter przesądzony jest przez sformułowanie, iż „suma gwarancyjna będzie płatna na pierwsze pisemne żądanie, któremu będzie towarzyszyć oświadczenie, iż wykonawca narusza swoje zobowiązania określone w warunkach przetargu”. Przyjęcie poglądu odmiennego musiałoby prowadzić do uznania, że każda

gwarancja bankowa jest gwarancją warunkową, skoro określono w niej „warunek” skuteczności wystąpienia z żądaniem zapłaty od przedstawienia np. wezwania do zapłaty. Zobowiązanie gwaranta, polegające na obowiązku spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz podmiotu uprawnionego, nigdy nie ma charakteru zobowiązania bezwarunkowego, lecz jest uzależnione od spełnienia się przesłanek, określonych w treści wystawionego dokumentu gwarancyjnego. Zobowiązanie banku-gwaranta aktualizuje się dopiero w przypadku określonych w treści gwarancji warunków, niezależnie od tego, czy jest to gwarancja „warunkowa,” czy też „bezwarunkowa” w rozumieniu doktryny prawa bankowego. Warunki określane w treści różnego rodzaju gwarancji, nie mają jednak równorzędnego znaczenia. W doktrynie warunki te klasyfikowane są jako warunki formalne, tzw. „formalne przesłanki zapłaty sumy gwarancyjnej” oraz „materialne przesłanki zapłaty sumy gwarancyjnej.” Warunki formalne dotyczą spełnienia przez beneficjenta gwarancji formy i treści oświadczenia (żądania zapłaty) składanego bankowi. Ograniczenie warunków gwarancji tylko do warunków formalnych uwalnia beneficjenta od obowiązku dowodzenia, iż materialny wypadek gwarancyjny miał w rzeczywistości miejsce. Ograniczenie warunków gwarancji tylko do formalnych przesłanek cechuje tzw. gwarancje na pierwsze żądanie. „Zwrot powyższy rozumiany jest w ten sposób, iż samo „żądanie aktualizuje powinność zapłaty” (tak A. Koch System Prawa Prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, wyd. C.H. BECK, Warszawa 2004, str. 489). Natomiast „materialne przesłanki” odnoszą się do konieczności udowodnienia określonymi w gwarancji środkami dowodowymi (np. oświadczeniami, protokołami, etc), iż oświadczenie beneficjenta gwarancji wyczerpujące przesłanki formalne, przystaje do rzeczywistości. W przypadku gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, warunkiem materialnym byłoby przedstawienie bankowi przez beneficjenta (zamawiającego) dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także - że fakt ten był spowodowany przyczynami leżącymi po stronie tego wykonawcy. Gwarancja bezwarunkowa to zatem gwarancja pozbawiona materialnych przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej. Taką właśnie gwarancją, w opinii Odwołującego, jest gwarancja bankowa wystawiona przez Alpha Bank AE. Zamawiający pomija też istotne konsekwencje faktu, że - jak słusznie zresztą zauważył w rozstrzygnięciu protestu - gwarancja wystawiona przez Alpha Bank AE poddana została regulacjom Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie, określonych w 1991 roku w Paryżu przez Międzynarodową Izbę Handlową (Uniform Rules for Demand Guarantees, Publikacja CC, Nr 458), dalej zwanych także „Jednolitymi Regułami”. Zamawiający nie dokonał zatem analizy regulacji, którym poddana została gwarancja Alpha Bank AE, jednak odwołując się do (prezentowanych zresztą w mniejszości) poglądów w doktrynie polskiego

prawa bankowego, któremu jak sam twierdzi gwarancja ta nie podlega, uznał przedmiotową gwarancję za niespełniającą wymagania bezwarunkowości. Prawidłowa ocena charakteru gwarancji bankowej Alpha Bank AE musi być przede wszystkim dokonana w świetle regulacji prawnych, którym gwarancja ta podlega. Zgodnie z treścią artykułu 2 lit b, powołanych Jednolitych Reguł „gwarancje w swej istocie są transakcjami niezależnymi od kontraktu (kontraktów) lub warunków przetargowych, na których mają być oparte, a gwaranci nie są w żaden sposób zainteresowani ani związani kontraktem (kontraktami) lub warunkami przetargowym mimo odwoływania się do nich w gwarancji. Obowiązkiem gwaranta na mocy gwarancji, jest dokonanie zapłaty kwoty lub kwot wskazanych w gwarancji, po otrzymaniu pisemnego żądania zapłaty lub innych dokumentów wymienionych w gwarancji, które wydają się być zgodne z warunkami gwarancji.” Jednolite Reguły - przewidują zatem, w odróżnieniu od opracowanych wcześniej Jednolitych Reguł dla Gwarancji Kontraktowych (Uniform Rules for Contract Guarantees, przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu, 20 czerwca 1978 r.), że podlegające im gwarancje są gwarancjami nieakcesoryjnymi, niezależnymi od kontraktu (stosunku podstawowego), który zabezpieczają. Pozostają one nieakcesoryjne nawet w przypadku powołania się w ich treści na określone warunki przetargowe. Gwarancje te mogą być gwarancjami warunkowymi, jednak wyłącznie w przypadku, gdy w treści gwarancji wymienione zostały warunki, czyli w praktyce - dokumenty, których przedłożenie wraz z wezwaniem do zapłaty uzależnia skuteczność roszczenia o zapłatę. Abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej jednoznacznie przesądza, iż odrywa się ona od stosunku podstawowego, który był powodem wystawienia gwarancji i staje się samoistnym narzędziem skutecznego żądania przez Zamawiającego zapłaty od gwaranta, niezależnie od tego, czy faktycznie została spełniona któraś z przesłanek zatrzymania wadium. Jak wynika z cytowanych Jednolitych Reguł, bank - gwarant nie ma obowiązku ustalania, czy faktycznie zaistniała okoliczność, będąca zgodnie z warunkami umowy lub przetargu przesłanką wypłaty, lecz powinien jedynie zbadać, czy przedstawione dokumenty nie budzą wątpliwości. Na gruncie powołanych Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie, należy zatem uznać, że „bezwarunkowość” albo „warunkowość” gwarancji uzależniona jest od treści gwarancji (wszystkich postanowień zawartych w dokumencie gwarancji), nie zaś - jak podnosi Zamawiający - od użycia w jej treści konkretnego wyrażenia „bezwarunkowa” albo „na pierwsze żądanie”. Słowa te nie mają charakteru klauzul o ściśle zdefiniowanym znaczeniu, jak ma to miejsce w przypadku klauzul wekslowych. Zawarcie tych słów w treści gwarancji, samo przez się nie przesądza o przyjęciu przez bank jakiegokolwiek zobowiązania, niezależnego od innych warunków zawartych w treści gwarancji. O tym, jakie warunki musi spełnić beneficjent gwarancji w celu

uaktywnienia obowiązku zapłaty sumy wadium, decyduje cała treść gwarancji bankowej. Słowo „bezwarunkowa” nie powoduje, że warunki zawarte w gwarancji nie mają znaczenia, zaś brak tego słowa w tekście gwarancji nie przesądza, że jakiegokolwiek warunki materialne są w gwarancji zawarte. Ponieważ w treści gwarancji, wystawionej przez Alpha Bank AE, nie zostały wymienione żadne dokumenty (poza wezwaniem do zapłaty zawierającym jedno z określonych w treści gwarancji oświadczeń), których przedłożenie jest warunkiem skutecznego żądania zapłaty kwoty 4.419.283,00 zł., gwarancja ta, jest w ocenie Odwoływającego gwarancją bezwarunkową, w świetle wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli umożliwia wykonanie uprawnienia Zamawiającego do zatrzymania wadium, w sytuacjach określonych przez ustawę. Podsumowując argumentację w zakresie omawianego zarzutu, Odwoływający stwierdził, że stanowisko Zamawiającego, iż gwarancja wystawiona przez Alpha Bank AE nie może być uznana za gwarancję bezwarunkową, nie jest oparte o jakikolwiek przepis prawa lub nawet o pogląd doktryny. Zamawiający dokonał wykładni treści tej gwarancji, wyłącznie w oparciu o zwyczaje, dotyczące podobnych gwarancji funkcjonujących w obrocie prawnym, w szczególności takie, jak powszechne zamieszczanie w gwarancjach sformułowań wskazujących na ich bezwarunkowy charakter. Jak jednak wykazano powyżej, to nie użycie takiego sformułowania przesądza o charakterze gwarancji bankowej. Kluczowa jest ocena, czy w treści gwarancji zostały zastrzeżone jakiegokolwiek warunki zapłaty, poza warunkami formalnymi, czyli przedstawieniem pisemnego żądania zapłaty wraz z podaniem jej przyczyny. Jeżeli takich warunków w treści gwarancji nie zastrzeżono, oznacza to, iż gwarancja jest w każdym przypadku możliwa do wykorzystania i bank – gwarant nie może odmówić wypłaty, w razie zgłoszenia żądania przez Zamawiającego.

3. Zarzut, iż treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Odwoływający odpierał w ten sposób, iż negował twierdzenia Zamawiającego, że gwarancja wystawiona przez Alpha Bank AE jest nieprawidłowa, ponieważ Odwoływający się „w katalogu okoliczności zobowiązujących gwaranta do zapłaty kwoty gwarancji wskazał „nie wniesienie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy przez oferenta” („did not furnish the required Performance Security”) wbrew regulacji art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp, wskazującej na okoliczność nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (które powinno być sformułowane jako „proper Performance Security” lub „Due Performance Security”). Istota zarzutu sprowadza się więc do stwierdzenia, że gwarancja - zgodnie z jej treścią będzie możliwa do wykorzystania wówczas, gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, podczas, gdy - zdaniem Zamawiającego - powinna być

możliwa do wykorzystania, gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący nie zgodził się jednak ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby wymagane zabezpieczenie wykonania umowy różniło się czymkolwiek od zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Skoro zarówno przepis art. 147 ust. 1 Pzp, jak i Zamawiający w treści specyfikacji, wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to w logicznej konsekwencji trzeba przyjąć, iż zabezpieczenie wykonania innego aniżeli „należytego” nie będzie odpowiadało wymaganiom prawa zamówień publicznych oraz SIWZ. Tym samym zapis „niewniesienie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy” spełnia warunek, określony w treści art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp, ponieważ zabezpieczeniem wymaganym jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Za konieczne uznał stwierdzenie, że w obydwu redakcjach (niezależnie od tego, czy chodzi o „zabezpieczenie należytego wykonania umowy”, czy o wymagane „zabezpieczenie wykonania umowy”), jest jasne, jaka okoliczność umożliwia zatrzymanie wadium w omawianym przypadku. Chodzi o sytuację, w której wykonawca nie wnosi zabezpieczenia wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 Pzp. Nie ma żadnej podstawy, by przyjmować inne rozumienie sformułowania, iż zamawiający może skorzystać z gwarancji w szczególności wówczas, gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy. Na gruncie systemu prawa zamówień publicznych, zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może lub musi żądać dwóch rodzajów zabezpieczeń - (a) wadium, czyli zabezpieczenia zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana oraz (b) zabezpieczenia wykonania umowy o zamówienie publiczne. Celem pierwszego z zabezpieczeń jest zagwarantowanie, że wykonawca dołoży należytej staranności w celu zawarcia umowy po wyborze oferty, zaś celem drugiego jest zagwarantowanie, iż wykonawca dołoży należytej staranności przy realizacji umowy o zamówienie publiczne. Jest więc oczywiste, że bank - gwarant, mając świadomość, iż udziela przetargowej gwarancji wadium, ma na względzie powyższe zasady. Jeżeli więc bank udziela gwarancji zabezpieczającej wniesienie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, to jest oczywiste, że chodzi o sytuację, w której wykonawca nie wnosi zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 Pzp.

4. Odwołujący uznał za niezasadny zarzut, iż treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający poczytuje bowiem gwarancję bankową wystawioną przez Alpha Bank AE za wadium, również ze względu na określenie jako jednej z przesłanek wystąpienia z żądaniem zapłaty sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn zawinionych przez wykonawcę (tak

Protestujący i Zamawiający tłumaczą zwrot „Conclusion of Agreement in the matter of Public Order became impossible because of Performers fault”), co zdaniem Zamawiającego oznacza niezgodność tej gwarancji z treścią art. 46 ust. 5 Pzp. W opinii Zamawiającego, z treści gwarancji wynika, iż jedną z przesłanek wystąpienia z żądaniem zapłaty kwoty wadium jest fakt, iż zawarcie umowy stało się niemożliwe z winy wykonawcy, a sformułowanie to Zamawiający uznaje za niezgodne z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp. Odwołujący zauważył w pierwszej kolejności, że Zamawiający dokonał wykładni treści gwarancji bankowej, wbrew załączonemu przez Odwołującego się tłumaczeniu tejże gwarancji. Zgodnie z przedłożonym tłumaczeniem tekstu gwarancji wystawionej przez Alpha Bank AE, zwrot „conclusion of Agreement in the matter of Public Order became impossible because of Performer's fault” został przełożony na język polski jako „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta.” Zgodnie z kolejnym tłumaczeniem (dokonanym przez tłumacza przysięgłego), przedstawionym przez Odwołującego się w piśmie z dnia 5 lutego 2009 r., zwrot „Performers fault” został przetłumaczony jako „przyczyny obciążające wykonawcę.” Słowo „fault”, oprócz forsowanego przez Zamawiającego, wbrew intencji banku - gwaranta i wykonawcy, znaczenia „wina”, ma w języku prawniczym szereg innych znaczeń, a w szczególności oznacza również usterkę, wadę, defekt, a więc kategorię subiektywną, w przeciwieństwie do „winy”, która jest kategorią obiektywną. Sformułowanie „Performer's fault” użyte w kontekście wskazanym w gwarancji Alpha Bank AE obejmuje wszystkie przyczyny „obciążające wykonawcę,” czy też leżące po stronie wykonawcy” - odpowiada więc wprost treści art. 46 ust. 5 pkt. 3 Pzp. Nawet jednak gdyby uznać, że zgodnie z treścią kwestionowanej gwarancji bankowej gwarant zobowiązany będzie do zapłaty kwoty wadium w przypadku zawinionej przez wykonawcę niemożności podpisania umowy, gwarancja ta byłaby zgodna z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp. Odpowiedzialność wykonawcy, określona w powołanym przepisie, ukształtowana jest bowiem na zasadzie winy. Sformułowanie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” należy rozumieć jako przyczyny, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a więc przyczyny zawinione. Trudno bowiem oczekiwać przyjęcia przez wykonawcę bezwzględnej odpowiedzialności o charakterze gwarancyjnym. Celem wadium jest zapewnienie, że wykonawca dochowa należytej staranności w celu zawarcia umowy. Samo wadium ma zaś charakter odszkodowawczy, a zatem jest zryczałtowanym odszkodowaniem, którego żądać może zamawiający w wypadkach określonych ustawą, czyli w sytuacji niewywiązania się przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, ze zobowiązania do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Warunkiem powstania odpowiedzialności odszkodowawczej jest natomiast - co do zasady - wina. Jak podkreśla się w doktrynie, w ust. 5 komentowanego

artykułu 46 Pzp zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zamawiającego do zatrzymania wadium. Zamawiający zatrzymuje wadium, gdy: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w sytuacji zawinionej przez wykonawcę niemożliwości zawarcia umowy; przy interpretacji niemożliwości świadczenia należy odwołać się do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 493 K.c. przewidującego tzw. niemożliwość następczą wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona zobowiązana - zatrzymanie wadium ma w tym przypadku charakter odszkodowawczy. (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Konieczność interpretacji dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp w świetle zawinienia wykonawcy podkreślona została również w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. T. Czajkowskiego (wyd. Warszawa 2007 r.). Autorzy powołanego komentarza stwierdzają iż: „ostatni przypadek, w którym zamawiający ma prawo zatrzymania wadium to sytuacja, w której po wyborze konkretnej oferty zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. „Chodzi w istocie o sytuację tzw. zawinionej niemożliwości pierwotnej (powstałej przed wyborem oferty a ujawnionej już po wyborze) i zawinionej przez wykonawcę niemożliwości następczej (powstałej już po wyborze oferty). Niezawiniona przez wykonawcę niemożliwość zawarcia umowy nie powoduje utraty prawa do zwrotu wadium.” Odwołujący uznał ten pogląd za ugruntowany również w orzecznictwie. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 90/07) „Brak jest uzasadnienia do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu określenia zawartego w gwarancji bankowej „z winy wykonawcy”, zamiast ustawowego brzmienia „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Podobnie w wyroku z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn.: UZP/ZO/0- 690/07) Zespół Arbitrów podkreślił, że: wykładni oświadczenia woli, (gwarancja jest takim oświadczeniem) nie można dokonać w oderwaniu od okoliczności, w których zostało złożone (art. 65 K.c.). Wykładnia może prowadzić do wniosku, że zobowiązanie z tytułu gwarancji będzie zrealizowane, w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pomimo że przypadki te nie zostały wprost wymienione w jej treści.” Również w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 13 marca 2007 r. (UZP/ZO/ 0-229/07) wyjaśniono, iż „na prawidłowość gwarancji nie wpływa to, że w jej treści użyto zwrotu „zawarcie umowy okaże się niemożliwe z winy oferenta. Wina ta obejmuje bowiem zarówno winę umyślną jak i nieumyślną, a w związku z tym zapis taki nie uniemożliwia zatrzymania Zamawiającemu wadium w sytuacji gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp).”

Dyspozycja przepisów art. 46 Pzp zmierza do zabezpieczenia zamawiającego przed zawinionym działaniem wykonawcy, nie zaś przed działaniem, za które odpowiedzialności wykonawca ten nie ponosi. Odwołujący konkluduje iż, po pierwsze, gwarancja bankowa wystawiona przez Alpha Bank AE, nie zawęży możliwości żądania wypłaty do sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn „zawinionych” przez wykonawcę, czyli nie posługuje się pojęciem „winy” w rozumieniu polskiego systemu prawa. Sformułowanie „Performer’s fault” jest bowiem niewątpliwie szersze i oznacza wszelkie przyczyny, które obciążają” wykonawcę lub zostały przez niego spowodowane. Po drugie, polska ustawa nie przewiduje skutku w postaci utraty wadium w wypadku niemożliwości zawarcia umowy w dowolnym przypadku, leżącym po stronie wykonawcy. Powszechnie przyjmuje się, że przesłanką utraty wadium jest tylko taki przypadek powstania niemożliwości zawarcia umowy, który wystąpił z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Gwarancja wystawiona przez Alpha Bank AE dokładnie odpowiada więc treści art. 46 ust. 5 także w omawianym zakresie.

Odwołujący podsumował zarzuty wobec jego oferty jako chybione, gdyż tekst gwarancji jednoznacznie pozwala stwierdzić, że dokument ten zawiera wymaganą treść i pozwala Zamawiającemu uzyskać zabezpieczenie w pełnym zakresie przewidzianym przez ustawę. Odwołujący podkreślił, że treść wystawionej gwarancji bankowej podlega wykładni - w zależności od przyjętej koncepcji gwarancji jako umowy, albo jako jednostronnej czynności prawnej - należy stosować w celu wykładni treści gwarancji dyspozycję art. 60 k.c. albo art. 65 Kodeksu cywilnego. Gwarancja bankowa, jakkolwiek ma charakter abstrakcyjny, nie jest jednak dokumentem tak sformalizowanym jak np. weksel. Jeżeli więc z jej treści jednoznacznie wynika, kto i w jakich okolicznościach może żądać zapłaty, to nawet w razie drobnych nieścisłości, takich, jak zamiana łącznika „&” na łącznik „AND” nie ma możliwości wypaczenia treści zobowiązania gwaranta. Powyższy pogląd potwierdzony był niejednokrotnie w orzeczeniach Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu w wyroku z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-690/07) Zespół Arbitrów wskazał, iż „wykładni oświadczenia woli (gwarancja jest takim oświadczeniem) nie można bowiem dokonać w oderwaniu od okoliczności, w których zostało złożone (art. 65 k.c.). Wykładnia ta prowadzi do wniosku, że zobowiązanie z tytułu gwarancji będzie zrealizowane, w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych i to pomimo, że przypadki te nie zostały wprost wymienione w jej treści.” Zamawiający uwzględniając protest w zakresie omówionych powyżej czterech zarzutów, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie popełnił błąd, polegający przede wszystkim na przyjęciu argumentacji protestującego Konsorcjum, która opiera się wyłącznie na literalnym brzmieniu

dokumentu gwarancji i wskazywaniu różnic na poziomie poszczególnych słów, liter i znaków, pomiędzy tekstem gwarancji Alpha Bank AE, a nazwami wykonawców oraz brzmieniem przepisów ustawy - prawo zamówień publicznych. Protestujące Konsorcjum, poparte w tym zakresie przez Zamawiającego, utrzymuje, że gwarancja wystawiona przez dowolny podmiot, w tym w szczególności przez podmiot z innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, musi z dokładnością do znaków przestankowych cytować polskie regulacje, aby być gwarancją ważną i wykonalną. Odwołujący się stwierdził natomiast, że kluczowe i wystarczające jest zapewnienie przez gwaranta (pochodzącego z dowolnego państwa) możliwości skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji, w sytuacjach opisanych polskimi przepisami prawa, a Zamawiający nie ma możliwości stawiania jakichkolwiek, dalej idących żądań. Gwarancja przedstawiona przez Alpha Bank AE umożliwia wykonanie wszelkich uprawnień Zamawiającego przewidzianych przez ustawę - prawo zamówień publicznych, więc nie ma jakichkolwiek podstaw do zakwestionowania faktu, iż Odwołujący - Konsorcjum Mostostal SA, wniósł wadium w wymaganej wysokości. Tym samym nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego się z przedmiotowego postępowania, co uzasadnia zgłoszone żądania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 20 lutego 2009 r. zgłosiło swoje przystąpienie Konsorcjum: Max BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG oraz Budimex Dromex SA, wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 26 lutego 2009 r. Konsorcjum to złożyło odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymało argumentację podnoszoną w proteście, że gwarancja przedłożona przez Odwołującego, jest wadliwa:

1. ze względu na sposób oznaczenia wykonawcy,
2. nie ma charakteru bezwarunkowego,
3. nie umożliwia zatrzymania wadium, sytuacji gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. nie umożliwia zatrzymania wadium, w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przystępujący do Odwołania, podtrzymał ponadto zarzuty i żądania protestu, że Odwołujący wniósł wadium w niepełnej kwocie, a Zamawiający nie powinien przyjmować oświadczenia Alpha Bank AE, że gwarantuje wypłatę w zabezpieczanej kwocie 4 419 283,00 PLN, gdyż

oświadczenie takie nie zostało złożone w gwarancji wraz z ofertą. Przystępujący przytoczył i pogłębił argumentację podniesioną w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Konsorcjum Odwołującego, przedłożonych tłumaczeń przez tłumaczy przysięgłych gwarancji bankowej wystawionej przez Alpha Bank AE Psychico Branch wraz z jej wyjaśnieniem - pismem wymienionego Banku z dnia 30 stycznia 2009 r. i z dnia 25 lutego 2009 r., opinii biegłych, powołanych przez Zamawiającego w postępowaniu na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, dowodów z dokumentów, omówionych w uzasadnieniu, a załączonych do protokołu postępowania i rozprawy. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron, zaprezentowane w złożonych pismach oraz stanowiska pełnomocników stron i Przystępującego do odwołania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 lipca 2008 r., natomiast wniesienie protestu miało miejsce w dniu 27 stycznia 2009 r., zatem do rozpatrzenia odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), w związku z treścią art. 4 ust. 2 powołanej ustawy.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z czego oferta protestującego Konsorcjum - zawiera cenę 755.000.000,00 PLN. (punktacja we wszystkich kryteriach 93,55). Natomiast oferta najkorzystniejsza Odwołującego Konsorcjum - zawiera cenę 729 700 000,00 PLN. (punktacja we wszystkich kryteriach 100,00). Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia wynosi 519 431 309,83 PLN.

W zakresie zarzutów odwołania, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące regulacje:

Rozdział IX Wadium

1. wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 9 000 000,00 PLN
2. w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, wadium w każdej z dopuszczalnych form może być wniesione przez jednego, kilku lub wszystkich wykonawców, pod warunkiem, że łączna wysokość wniesionego wadium odpowiadać będzie kwocie 9 000 000,00 PLN. W takim przypadku składając wadium należy wskazać w imieniu kogo i tytułem jakiego postępowania jest wnoszone,
3. wadium może być wniesione między innymi w formie
 - c) gwarancji bankowej,

5. wadium wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia (...) wystawione na Gminę Wrocław, należy zdeponować - złożyć oryginał w Likwidaturze Wydziału Księgowości UM we Wrocławiu (...). Zamawiający dopuścił przesłanie oryginału dokumentu wadium - poręczenia lub gwarancji drogą pocztową,
8. Z treści gwarancji, poręczenia - winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą - zobowiązanie gwaranta, poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w przepisie art. 46 ust. 5 Pzp.
11. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, w przypadkach, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy.

Rozdział XI. Sposób przygotowania oferty.

1. Wykonawcy przygotowują ofertę zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i SIWZ.

2. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim

Kryterium oceny ofert stanowiła cena - waga 70%

termin realizacji zamówienia - waga 20%

okres gwarancji - waga 10%

Rozdział XVII. Zamawiający wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie.

W rozdziale II SIWZ Zamawiający podał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy składali również w formularzu oferty oświadczenie, że „zapoznaliśmy się z warunkami zamówienia i nie wnosimy do nich zastrzeżeń.” Należy więc przyjąć, że Odwołujący był świadomy faktu, iż postępowanie toczy się zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a oferty podlegają ocenie według prawa polskiego. Wyjątek jaki dopuszcza ustawa Pzp, zawarty jest w przepisach § 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 188, poz. 1155 ze zm.), w odniesieniu do dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, składanych przez wykonawcę mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz w odniesieniu do dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi, dostawy, roboty budowlane, odpowiadają wymaganiom ustalonym przez Zamawiającego, gdzie odpowiednie dokumenty mogą być wystawione zgodnie z prawem obcym. Dla gwarancji wadialnej, powołane przepisy takiej możliwości nie przewidują. Jest to jednak instrument bankowy, do którego stosuje się

powszechne w systemach bankowych reguły. Gwarancja bankowa, przedstawiana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może zostać wystawiona, zgodnie z prawem obcym. Izba nie neguje też prawa Odwołującego do złożenia gwarancji wadialnej, wystawionej przez bank mający siedzibę w innym państwie Unii Europejskiej. Jednakże, skoro wystawiającym zlecenie jest Konsorcjum w skład którego wchodzi firmy polskie, ponadto oznaczone w dokumencie gwarancji, postępowanie przetargowe prowadzone jest w Polsce, według przepisów prawa polskiego, znacznym ułatwieniem dla możliwości oceny takiego dokumentu, byłoby dokonanie wyboru polskiego prawa przez zamieszczenie w wystawionej gwarancji klauzuli co najmniej o treści „wszystkie spory odnośnie niniejszej gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z polskim prawem i poddane jurysdykcji sądów polskich,” tak jak Odwołujący to uczynił w przypadku pozostałych złożonych dokumentów, gwarancji bankowej Kredyt Banku SA i gwarancji ubezpieczeniowej TU Allianz Polska SA, łącznie zabezpieczających ofertę wadium w wymaganej kwocie. Bez wymienionej klauzuli, zawarta umowa o udzielenie gwarancji podlega prawu greckiemu, co strony zgodnie przyznały. W szczególności Odwołujący nie negował tego faktu, podnosił jedynie, że zgodnie z adnotacją w treści tej gwarancji – Alpha Bank AE powiadomił, że stosuje się do Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (Publikacja Międzynarodowej Izby Handlowej NR 458). Izba przyznała rację Zamawiającemu, że wobec poddania umowy gwarancji ustawodawstwu greckiemu, dokonywanie jakiegokolwiek analizy zgodności brzmienia gwarancji wystawionej przez Alpha Bank AE, z prawem polskim jest nieuprawnione. Przywołane przez obie strony orzecznictwo i stanowisko doktryny, wypracowane na gruncie polskiego prawa, w szczególności dotyczące interpretacji art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wymagań stawianych bankowej gwarancji wadialnej, określonej w art. 81 Prawa bankowego, może jedynie służyć zrozumieniu tych przepisów i postanowień SIWZ, odnoszących się do zabezpieczenia oferty wadium. Natomiast nie może służyć interpretowaniu postanowień przedłożonej gwarancji Alpha Bank AE nr GRA 005918. Izba podzieliła stanowisko, iż do oceny prawnej dokumentu wymienionej gwarancji znajdują zastosowanie normy prawa greckiego. Potwierdzają to jednoznacznie również dowody z opinii biegłych, powołanych przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu – Prof. dr hab. Doroty Korenik oraz opinia Kancelarii T. Studnicki, K. Płaszka, J. Górski Sp. komandytowa. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1999 r. sygn. akt ICKN 1032/97 (LEX nr 50758) wyrażony został pogląd, że stosunek zobowiązaniowy z elementem obcym, a zwłaszcza skutki jego niewykonania, muszą zawsze podlegać ocenie konkretnego prawa merytorycznego, bądź to wskazanego w następstwie wyboru dokonanego przez strony, bądź określonego przez właściwy łącznik normy kolizyjno – prawnej i to niezależnie

od stopnia wyczerpującego uregulowania przez strony w umowie łączącego je stosunku prawnego.

Gwarancja bankowa to instytucja przewidziana w art. 5 ust. 1 pkt 4 oraz art. 5 ust. 2 pkt 8, art. 81 Prawa bankowego, będąca jedną z czynności bankowych. Jej istotą jest przyjęcie przez gwaranta obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie wystawionym przez bank, gdy zaistnieją okoliczności podane w gwarancji, stosownie do których Zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. W doktrynie, większość komentatorów uznaje, iż zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny (R. Blicharz, Charakter prawny gwarancji bankowej, Prawo Papierów wartościowych 2000, nr 11; S. Czarnecki: Charakter prawny gwarancji bankowej, na pierwsze żądanie (Prawo Bankowe 2005 cz. I i II str. 67 i n. oraz str. 77 i n.), niezależny od leżących u podstaw gwarancji stosunków prawnych łączących gwaranta ze zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Gwarant nie jest uprawniony do powoływania się na zarzuty, wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem, w tym przypadku Zamawiającym, a zleceniodawcą, czyli wykonawcą, który posłużył się gwarancją bankową jako wadium. Istotne przy tym jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Natomiast stosunek podstawowy, nawiązywany między zamawiającym, a wykonawcą składającym ofertę zabezpieczoną wadium, na wypadek niewywiązania się z przyjętych warunków, podlega normom imperatywnym, jakim jest art. 46 ust. 5 Pzp.

W odniesieniu do obowiązku banku gwaranta, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że gwarancja, aby kreowała zobowiązanie abstrakcyjne, oderwane od stosunku podstawowego, nieakcesoryjne, winna zawierać minimalną treść, do której zgodnie z cytowaną uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16.04.1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 OSNCP z. 10, poz. 166), należy określić, że ma ona charakter „bezwarunkowy,” „nieodwoławny,” a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie.” Lub też wywiedzenie tych reguł, z samej niewątpliwej treści gwarancji. Umożliwia to Zamawiającemu, uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty. Skoro zgodnie z konwencją o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartą do podpisu w Rzymie w dniu 19.06.1998 r. (Dz. U. Nr 10, poz. 57 z 2008 r.) stosunek prawny nie podlega prawu polskiemu, zatem ocena tej gwarancji, jako umowy lub oświadczenia, tak pod względem zdolności stron, reprezentacji, formy zawarcia, wykładni treści czynności prawnej, dopuszczalności prostowania omyłek itp., winna być oceniana w świetle unormowań konwencji i prawa greckiego. W tym zakresie Zamawiający nie ma żadnych podstaw do

stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w zakresie nieuregulowanym w ustawie, z mocy art. 14 Pzp, przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Nie może budzić wątpliwości, że nie można oceniać treści przedstawionej gwarancji (zamiaru stron, zawierających umowę) w oparciu o reguły ustalone w art. 60 K. c. względnie art. 65 K.c., w zależności, czy stosunek prawny gwarancji uznaje się za umowę, czy czynność jednostronną - wywołującą skutki zgodne ze złożonym oświadczeniem woli.

Przedmiot sporu stanowią zatem: sposób oznaczenia firm Konsorcjum Odwołującego, bezwarunkowy charakter gwarancji wystawionej przez Alpha Bank AE oraz okoliczność, czy treść spornej gwarancji odpowiada regulacjom normy art. 46 ust. 5 Pzp.

Rozpoznając sprawę, zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp - w granicach uwzględnionych zarzutów i żądań protestu oraz zakwestionowania tych czynności w punktach od 1 do 4 złożonego odwołania, Izba stwierdza co następuje.

Ad pkt 1: Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum Odwołującego, zostały w wymienionej gwarancji wadialnej zdefiniowane w części nieprawidłowo. Zamiast J&P Avax SA zostało podane J AND P Avax SA, zamiast Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” SA, w gwarancji widnieje nazwa Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Wrobis” SA. Użycie łącznika AND w określeniu nazwy J AND P Avax SA, jest tożsame ze znakiem graficznym &. Bez wątpliwości opuszczenie w nazwie konsorcjanta pełnego oznaczenia „Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2” było błędne. Z odpisu z KRS nr 32628 wynika, że firma ta używa nazwy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrobis” SA. Pozostałe oznaczenia dotyczące siedzib, wymienionych podmiotów, pozwalają na ustalenie ich tożsamości, jako firm, wchodzących w skład Konsorcjum Odwołującego, które złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W Krajowym Rejestrze sądowym zarejestrowanych jest pięć spółek, mieszczących w swojej nazwie słowo „WROBIS”, jednak tylko podmiot wchodzący w skład Konsorcjum Odwołującego, ma charakter spółki akcyjnej. Faktem jest, że Zamawiający wymagał oznaczenia podmiotów, w dokumencie wadialnym, na zlecenie których udzielono gwarancji. Jednak okoliczność, że w gwarancji nie wpisano pełnej nazwy firmy, nie jest równoznaczna temu, że gwarancji udzielono innemu podmiotowi (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.02.1999 r. sygn. akt IA Ca 635/98 (OSA 2000/7–8/32)). Błędne oznaczenie dwóch firm, wchodzących w skład Konsorcjum, nie może stanowić podstawy skutecznych twierdzeń, że wadium nie zostało wniesione. Wątpliwości Zamawiającego winno rozwiać wyjaśnienie Alpha

Bank AE z dnia 25 lutego 2009 r., złożone jako dowód w sprawie (wraz z tłumaczeniem), że gwarancja ta została wystawiona na rzecz Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Sp. z o.o., a wszystkie te spółki są łącznie zwane oferentem. Dowód ten Izba przyjęła jako wiarygodne potwierdzenie, że Bank – wystawca gwarancji, jako zlecającego traktuje wymienione Konsorcjum w pełnym składzie, z wymienieniem prawidłowych nazw i adresów tych firm. Zatem zarzut naruszenia art. 45 ust. 6 Pzp przez błędne oznaczenie dwóch członków Konsorcjum Odwołującego Izba uznała za chybiony.

Ad pkt 2: Zamawiający, uznając protest przyjął, że gwarancja Odwołującego się nie posiada wymaganego przez niego charakteru bezwarunkowości. W obrocie gospodarczym, utrwalił się pogląd, potwierdzony stanowiskiem doktryny i orzecznictwa że gwarancja bezwarunkowa to gwarancja, której płatność następuje na pierwsze żądanie beneficjenta bez konieczności wykazania istnienia roszczenia. Natomiast istotą gwarancji warunkowej jest precyzyjne określenie warunków (okoliczności), od wystąpienia których uzależnione jest zrealizowanie roszczenia podmiotu uprawnionego z gwarancji, oraz dokumentów, które muszą być załączone w momencie realizacji gwarancji. Brak określonego dokumentu bądź niezastnienie jakiegokolwiek warunku wymienionego w gwarancji warunkowej upoważnia bank do odmowy zapłaty sumy gwarancyjnej. Wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie, wymagania określonego we wskazanym postanowieniu SIWZ, nie można interpretować wyłącznie jako konieczności zamieszczenia w tekście gwarancji określenia „bezwarunkowy.” Gwarancja bankowa jako czynność prawna winna być oceniana na podstawie swojej treści, niezbędne było zatem ustalenie, czy w treści gwarancji występują jakiegokolwiek dodatkowe wymagania lub warunki, wymagane dla skutecznego pozyskania kwoty wadium. W ocenie Izby, z treści gwarancji nie można wywieść, że prawo do zaspokojenia się z niej, uzależnione jest od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków, potwierdził to również Zamawiający na rozprawie. Skoro w treści gwarancji ograniczenia takie nie występują, a gwarancja płatna jest „na pierwsze żądanie” na podstawie żądania zapłaty i oświadczenia beneficjenta, że zaszły zdarzenia uzasadniające zatrzymanie wadium, to brak jest podstaw do przyjęcia, że gwarancja ma charakter warunkowy. Podobne stanowisko wynika również z bezspornego faktu poddania gwarancji „Jednolitym Regułem dla Gwarancji Płatnych na Żądanie,” o czym informuje tekst gwarancji. Z uregulowań, wymienionego dokumentu, dopuszczonego jako dowód w sprawie, wynika, że obowiązek gwaranta powstaje w chwili przedłożenia złożonego pisemnego żądania i innych

dokumentów wymienionych w gwarancji i nie jest uwarunkowane faktycznym niewykonaniem przez zlecającego jego zobowiązań wynikających z transakcji źródłowej, leżącej u podstaw wystawienia gwarancji. Z art. 2 i 12 „Jednolitych Reguł,” do których Bank zobowiązał się stosować, wynika konieczność złożenia na piśmie żądania zapłaty sumy gwarancyjnej wraz z oświadczeniem, że wykonawca nie wypełnił swoich zobowiązań, wynikających ze źródłowego kontraktu. Są to wymagania minimalne, jeżeli inne dokumenty nie zostały wprost wymienione. Jeśli nic innego nie wynika z treści gwarancji – ma ona charakter nieodwoalny i bezwarunkowy (vide: art. 5). Zważyć też należy, że ciężar udowodnienia ewentualnego warunkowego charakteru gwarancji, na etapie wnoszenia protestu spoczywał na protestującym, który twierdzenia swego nie poparł dowodem, także w trakcie rozprawy, w której brał udział jako Przystępujący. Dowodu na twierdzenie przeciwne do twierdzenia Odwołującego, nie przedstawił również Zamawiający, który uznał zarzuty protestu. Z orzecznictwa sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego wynika, konieczność posiadania przez wadium wnoszone w formie gwarancji przymiotu bezwarunkowości tzn. braku uzależnienia możliwości zaspokojenia się z wadium od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków. Orzecznictwo nie uzależnia uznania, że gwarancja ma charakter bezwarunkowy wyłącznie od tego, czy tekst gwarancji zawiera określenie „bezwarunkowy.” Izba uznała zatem, że gwarancja ma charakter bezwarunkowy, (wyroki Zespołu Arbitrów: sygn. akt UZP/ZO/0 –270/07, UZP/ZO/0–2533/05, UZP/ZO /0 1327/05). Takie też stanowisko zajęła w przedstawionej opinii Profesor dr hab. Dorota K., która na zlecenie Zamawiającego, pełniła funkcję biegłego w przedmiotowym postępowaniu. Dla tak poczynionych ustaleń, nie są istotne różnice w przedłożonych tłumaczeniach angielskiego tekstu gwarancji. Gdzie w jednym tłumaczeniu podaje się iż jest to gwarancja bezwarunkowa (tłumacz przysięgły A. J.), w innym zaś, że gwarancja ma charakter nieodwoalny (tłumacz przysięgły J. K.). Jako istotny dowód w sprawie, Izba uznała omówione wyżej wyjaśnienie Alpha Bank AE, w którym Bank ten wprost potwierdza, iż gwarancja ta – nr GRA 005918 jest bezwarunkowa. Izba, nie uznała przy tym argumentacji Zamawiającego, że Bank wymienionym oświadczeniem, zmienił pierwotne warunki na jakich gwarancja została wystawiona. Wniosek, że można ustalić bezwarunkowy charakter złożonej gwarancji bankowej z całości jej postanowień i braku zastrzeżeń przeciwnych, da się wywieść, także zgodnie z regulacjami prawa greckiego, w oparciu o dowód z przedstawionej opinii prawnej (wraz z tłumaczeniem), sporządzonej przez adwokata Areti R., który stwierdził, że, „zgodnie z praktyką prawną (...) ustanowioną w Grecji jak i teorią prawa greckiego, beneficjent (gwarancji – dop.) może pomyślnie zgłosić roszczenie odnośnie, kwoty na pierwsze żądanie.” Przesądza o tym włączenie do tekstu gwarancji

sformułowania „na pierwsze żądanie.” A z przedłożonego dokumentu w postaci tłumaczenia przekazu faksowego zawierającego treść art. 173 greckiego kodeksu cywilnego, wynika, że norma ta nakazuje tłumaczenie oświadczenia woli zgodnie z intencją, a nie odnoszenie się do literalnego brzmienia.

Ad pkt 3: Izba nie dopatrzyła się również niezgodności treści gwarancji z art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp. Przepadek wadium określony w art. 46 ust. 5 pkt 2 odnosi się do niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący podał natomiast w dokumencie gwarancyjnym, że żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej będzie uzasadniało niewniesienie zabezpieczenia wykonania umowy. Takiego rodzaju zabezpieczenia tzn. wykonania umowy, Zamawiający nie ustanowił. W rozdziale XVII SIWZ. Zamawiający wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Stąd też wymaganie to zostanie spełnione w przypadku wniesienia zabezpieczenia wymaganego w SIWZ przez Zamawiającego. Uznanie prawidłowości zabezpieczenia jest wyłączną kompetencją Zamawiającego. Jeśli Zamawiający uzna, że zabezpieczenie nie zostało wniesione prawidłowo, może nie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, uznając, że nastąpiło to z przyczyn zawinionych przez wykonawcę i na tej podstawie zatrzymać wadium. Okoliczność, że sporna gwarancja daje możliwość zatrzymania wadium w razie niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie oferenta, została w niej przewidziana, jak zostało ustalone poniżej w niniejszym uzasadnieniu. Zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach sprawy, wadium nie może zostać zatrzymane w sytuacji, gdy nie zostało wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Treść spornej gwarancji odpowiada zatem dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp. Wobec rozbieżności w przedstawionych tłumaczeniach, również w tłumaczeniach dokumentu gwarancyjnego, przedłożonych przez samego Odwołującego, Izba uznała, że dokumenty te nie stanowią wiarygodnych dowodów, na okoliczność – jaką treść w zakresie odnoszącym się do art. 46 ust 5 pkt 2 zawiera przedmiotowa gwarancja. Za dowód, objęcia w gwarancji dyspozycji normy art. 46 ust. 3 pkt 2 Pzp, Izba uznała wyjaśnienie Alpha Banku AE z dnia 25 lutego 2009 r.

Ad pkt 4 Zamawiający wprost wskazał w punkcie 11 rozdziału IX, że zatrzymuje wadium w przypadkach podanych między innymi w art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp, to znaczy wówczas, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący zaprzeczył, że w wymienionej gwarancji użyty został dosłowny zwrot „z winy wykonawcy,” Przy tym polemizował ze stanowiskiem

Zamawiającego, twierdząc, że wszystkie przypadki odmowy zawarcia umowy na warunkach wybranej oferty, które powodują zatrzymanie wadium, wiążą się z zawinieniem wykonawcy. Izba podzieliła w tym względzie stanowisko, że zwrot jaki zawiera art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp – z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy rozumieć szerzej niż wyłącznie z winy wykonawcy, gdyż przesłankę utraty wadium stanowi taki przypadek, uniemożliwiający zawarcie umowy, za który wykonawca ponosi odpowiedzialność niezależnie od zawinienia. W dyspozycji tej normy mieści się przykładowo sytuacja przewidziana w art. 474 K.c., gdy wykonawca wybrany nie podpisze umowy o zamówienie publiczne, z przyczyny wycofania się podwykonawcy, z uczestnictwa w realizacji kontraktu, gdyż relacje między podwykonawcą a wykonawcą są obojętne dla zamawiającego, wobec którego odpowiada wykonawca (w tym na ogół za działania podwykonawcy jak za swoje własne). Za takim szerokim rozumieniem powołanej normy, opowiada się przytoczone przez Przystępującego oraz Zamawiającego orzecznictwo (wyrok KIO/UZP 537/08, KIO/UZP 167/08: wyroki Zespołu Arbitrów; UZP/ZO/0–3032/06; UZP/ZO/0–88/06; UZP/ZO/0–700/02), chociaż znacząca część orzecznictwa i doktryny, opowiada się za zawężaniem pojęcia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – do odpowiedzialności wyłącznie na zasadzie winy. Niewątpliwie odpowiedzialność ta nie stanowi odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a więc z punktu widzenia podziału systemowego, przystaje do pojęcia odpowiedzialności na zasadzie winy.

Odwołujący złożył gwarancję bankową wystawioną przez Alpha Bank AE. Do dokumentów oferty dołączył tłumaczenie własne tej gwarancji, a następnie wobec zarzutów podniesionych w proteście, do swego pisma procesowego z dnia 5 lutego 2009 r. dołączył tłumaczenie przysięgłe z 31 stycznia 2009 r., wykonane przez tłumacza Agnieszkę J. Obydwa tłumaczenia przedstawione przez Odwołującego, to jest własne i sporządzone przez tłumacza różnią się w sposobie ujęcia treści, natomiast zachowują taki sam sens. Tłumaczenie przysięgłe tej samej gwarancji, sporządzone na zlecenie protestującego Konsorcjum: Max BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG oraz Budimex Dromex SA, w dniu 9 stycznia 2009 r. przez tłumacza Joannę K., również różni się treścią od dwóch ww. tłumaczeń. Za przesądzający dowód Izba uznała, treść tłumaczenia ustawy Prawo zamówień publicznych, zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, gdzie zwrot zawierający słowo „fault,” użyte także w przedmiotowej gwarancji – przy powołaniu się na art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, (co stanowiło podstawę sporu w tym zakresie) tłumaczy się „ z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.” Istotne jest także wyjaśnienie Banku – Gwaranta, że „zgodnie z tą gwarancją beneficjent może żądać kwoty łącznej w niej

określonej we wszystkich przypadkach, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy z 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz.1655 ze zm.),” z przytoczeniem tekstu tego przepisu. Zatem uznać należy, że sporna gwarancja odpowiada wymogom art. 46 ust. 5 Pzp. Mogące występować po stronie Zamawiającego wątpliwości, w sposób jednoznaczny wyjaśniło oświadczenie banku-gwaranta przedłożone przez Odwołującego na rozprawie. Z jego treści wynika, w sposób przekonujący, uznanie przez bank okoliczności wskazanych w art. 46 ust 5 Pzp, jako wypadków gwarancyjnych, od których zależy możliwość zaspokojenia się z wadium. Zawarty w jego treści zwrot o wyłącznie informacyjnym charakterze oświadczenia jest klauzulą standardowo stosowaną w obrocie bankowym i, w ocenie Izby, wskazuje wyłącznie na konieczność traktowania oświadczenia jako wykładni treści gwarancji, a nie na zmianę tej treści, która pociągnęłaby za sobą konieczność sporządzania aneksu do gwarancji. Wskazać też należy, że Zamawiający i Przystępujący nie złożyli dowodu, podważającego omawiane oświadczenie, brak jest zatem podstaw do jego kwestionowania. Zamawiający przyjął też bez sprzeciwów, poprzednie wyjaśnienie Banku z 30 stycznia 2009 r. odnoszące się do podanych kwot z oznaczeniem walut. Bezsporne jest między też stronami, że wadium wniesione przez Odwołującego się umożliwia zaspokojenie się w sytuacji zawnionych przyczyn niezawarcia przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła zarzutów Przystępującego, ponowionych w postępowaniu odwoławczym, że wadium w wymienionej gwarancji bankowej podano w niewłaściwej kwocie (zarówno w walucie EUR jak i PLN), co wystawia Zamawiającego na ryzyko kursowe). Tego zarzutu Izba nie była władna badać, gdyż nie został on uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu. Czynności Przystępującego do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 184 ust 5 Pzp, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Postępowanie dowodowe wykazało, że czynność uwzględnienia protestu Konsorcjum firm: MAX BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S.A. została powzięta z naruszeniem prawa, albowiem Odwołujący wniósł prawidłowo wadium, przed upływem terminu złożenia oferty, w wymaganej kwocie, a więc nie naruszył wskazanych w proteście przepisów art. 45 ust. 1, ust. 3, ust. 6 Pzp, art. 46 ust 5 pkt 2 i 3 Pzp. Wybór oferty Odwołującego nie naruszał też art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, art. 91 ust. 1 ani art. 7 ust. 1 Pzp.

Bez pewności zagrożenia celów, dla których wadium jest składane i wykazania tego faktu, Zamawiający nie może eliminować z postępowania wykonawcy, który złożył prawidłową i najkorzystniejszą ofertę.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oraz na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nakazała Zamawiającemu podjęcie czynności określonych w sentencji wyroku. Przez unieważnienie czynności uwzględnienia protestu Konsorcjum firm: MAX BÖGL Polska Sp. z o.o., Max BÖGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S.A. Izba stwierdza, iż wybór oferty Odwołującego pozostaje w mocy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*