

Sygn. akt: KIO/UZP 160/09

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Ryszard Tetzlaff</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Małgorzata Stręciwilk</b> <b>Klaudia Szczytowska-Maziarz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „GER-POL” Spółka Jawna A. Będkowski, J. Będkowska, ul. Toszecka 101, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce** protestu z dnia 28 stycznia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „GER-POL” Spółka Jawna A. Będkowski, J. Będkowska, ul. Toszecka 101, 44-100 Gliwice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-**

**Produkcyjne „GER-POL” Spółka Jawna A. Będkowski, J. Będkowska,  
ul. Toszecka 101, 44-100 Gliwice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowo-Produkcyjnego „GER-POL” Spółka Jawna A. Będkowski, J. Będkowska, ul. Toszecka 101, 44-100 Gliwice.**

#### **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego Nr 231/2008, z dnia 29.12.2008 r. na: *„Dostawę soli do zimowego utrzymania dróg na terenie administrowanym przez GDDKIA Oddział w Kielcach w latach 2009-2011”*, zostało wszczęte przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 226-300322 w dniu 20.11.2008 r.

W dniu 22.01.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie, że wyklucza na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie wniósł wadium w sposób określony przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”*, Wykonawcę który złożył ofertę nr 4, tj.: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowo-Produkcyjne, GER-POL Sp. Jawna, A. Będkowski J. Będkowska, ul. Toszecka 101, 44-100 Gliwice zwane dalej: *„GER-POL Sp. Jawna”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”*. Wskazał, iż zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ oraz zgodnie z przepisami art. 45 Pzp zobowiązany był on do zabezpieczenia oferty wadium. Pzp w art. 46 ust. 5 i 4a oraz Instrukcja dla

wykonawców SIWZ w pkt 11.8 i 11.9 wymieniają przesłanki upoważniające Zamawiającego do zatrzymania wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez GER-POL Sp. Jawna nie gwarantowała jego zdaniem dokonania płatności na rzecz Zamawiającego w przypadkach opisanych w art. 46 ust 4a Pzp, tj. w przypadku gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W związku z powyższym Zamawiający uznał ofertę w/w Wykonawcy za niezabezpieczoną w sposób zgodny z wymaganiami Pzp, co jest równoważne z brakiem wniesienia wadium i skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust.4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru ofert jest „cena – 100 %”. Podniósł, iż o wyborze najkorzystniejszej oferty decyduje najniższa cena. Oferta nieodrzucona, zawierająca najniższą cenę jest ofertą najkorzystniejszą. Wyjaśnił, iż z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można było dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, że względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie. W związku z powyższym na podstawie art. 91 ust. 5 Pzp w dniu 09.01.2009 r. Zamawiający wezwał Kopalnię Soli „KŁODAWA” S.A., al. 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Budownictwa TRASA Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 7, 21-500 Biała Podlaska, do złożenia ofert dodatkowych w terminie do dnia 14.01.2009 r. Wykonawcy wezwani do złożenia ofert dodatkowych w terminie określonym przez Zamawiającego, złożyli te oferty , jednakże o takiej samej cenie.

W związku z powyższym na podstawie art. 91 ust. 5 Pzp w dniu 19.01.2009 r. Zamawiający wezwał w/w Wykonawców do ponownego złożenia oferty dodatkowej w terminie do dnia 21.01.2009 r. Wykonawcy wezwani do złożenia ofert dodatkowych w terminie określonym przez Zamawiającego, złożyli je ponownie, także w takiej samej cenie. Wobec niniejszego Zamawiający w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt. 5 Pzp, unieważnił niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ Wykonawcy wezwani do złożenia oferty dodatkowej w terminie określonym przez Zamawiającego, złożyli oferty dodatkowe o takiej samej cenie.

W dniu 28.01.2009 r. (faxem) GER-POL Sp. Jawna wniosła protest od decyzji Zamawiającego o jej wykluczeniu z postępowania i o odrzuceniu jej oferty, a także od decyzji o unieważnieniu postępowania. Wskazała na interes prawny we wniesieniu protestu albowiem złożyła ofertę z najniższą ceną i - jak wskazał Zamawiający w swoim piśmie - oferta nieodrzucona zawierająca najniższą cenę jest ofertą najkorzystniejszą. Skoro tak, to

gdyby oferta Protestującego nie została odrzucona musiałaby być uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji tego faktu nie zachodziłaby potrzeba wzywania innych wykonawców do składania ofert dodatkowych i brak byłoby podstaw do unieważnienia postępowania wobec tego, iż dwaj inni oferenci złożyli oferty dodatkowe o takiej samej cenie.

Protestujący wnosił o uchylenie zaskarżonych decyzji oraz o dokonanie powtórnego zbadania jego oferty, w konsekwencji którego uznanoby, że brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania. Wnosił następnie o dokonanie powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest, jego zdaniem, jego oferta.

Zarzucił zaskarżonej decyzji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta Protestującego nie była zabezpieczona wadium, a w konsekwencji tego zarzucił decyzji o unieważnieniu postępowania brak podstaw merytorycznych.

Protestujący stwierdził, iż dokonana przez Zamawiającego w oprotestowanej decyzji interpretacja jest sprzeczna zarówno z Pzp, jak i z ustalonym orzecznictwem dotyczącym przepisu art. 46 Pzp. Nieprawdą jest bowiem, aby Ustawodawca wymagał, aby w treści gwarancji ubezpieczeniowej były wskazane przypadki określone w przepisie art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Nie jest też prawdą, aby gwarancja ubezpieczeniowa miała odwoływać się do szczególnych zapisów SIWZ. Wyjaśnił, iż orzecznictwo wypracowane dotychczas na gruncie art. 46 ust. 5 Pzp można w całej rozciągłości odnieść również do przepisu art. 46 ust. 4a Pzp.

Wskazał, iż wykładni oświadczenia woli (gwarancja jest takim oświadczeniem) nie można dokonać w oderwaniu od okoliczności, w których zostało złożone (art. 65 kc). Wykładnia może prowadzić do wniosku, że zobowiązanie z tytułu gwarancji będzie zrealizowane w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 5 Pzp, pomimo że przypadki te nie zostały wprost wymienione w jej treści (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-690/07). Z treści gwarancji przedstawionej przez Protestującego jasno wynika, że ubezpieczyciel zobowiązuje się wypłacić określoną kwotę na rzecz Zamawiającego i w żaden sposób nie ogranicza swojej odpowiedzialności w świetle Pzp. Protestujący wyjaśnił, iż to, że cytuje fragmenty art. 46 ust. 5 Pzp nie oznacza wcale, że wyłącza swoją odpowiedzialność w przypadku przewidzianym w art. 46 ust. 4a Pzp. To, że dokonana przez Zamawiającego interpretacja treści zapisów gwarancji jest nieprawidłowa potwierdza zresztą sam ubezpieczyciel, który na żądanie Protestującego złożył oświadczenie zawierające autentyczną wykładnię treści gwarancji i w całej rozciągłości potwierdził to, iż zabezpiecza ona również Zamawiającego w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a Pzp. Niniejsze oświadczenie Protestujący złożył wraz z protestem. W proteście wskazał także na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-270/07, podnosząc, iż

wprawdzie odnosi się on do gwarancji bankowej i do art. 46 ust. 5 Pzp, jednakże jego argumentacja winna się również przekładać na gwarancję ubezpieczeniową i do przypadku przewidzianego w art. 46 ust. 4a Pzp. W wyroku tym wskazano, iż wadium złożone w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 Pzp upoważniających Zamawiającego w przypadku ich zaistnienia do zatrzymania wadium. Zamawiającemu bowiem prawo zatrzymania wadium przysługuje z mocy prawa. Prawo to ma zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro w wyroku tym wyraźnie wskazano, że prawo zatrzymania wadium przysługuje z mocy prawa i nie wymaga szczególnych zapisów w treści gwarancji ubezpieczeniowej to stanowisko zajęte przez Zamawiającego w zaskarżonej decyzji nie może być uznane za słuszne. Wskazał również, iż Zamawiający nie wymagał w SIWZ, by gwarant cytował w gwarancji treść art. 46 ust. 4a Pzp, a co za tym idzie cytowanie wyżej wymienionego przepisu nie jest w gwarancji konieczne. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 22.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1778/06.

W dniu 29.01.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 05.02.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Odnosząc się do argumentów podniesionych przez Protestującego z treści złożonego protestu Zamawiający wskazał, co następuje:

W treści SIWZ (pkt 11) Zamawiający określił wymagania dotyczące sposobu zabezpieczenia oferty wadium. Wskazana została żądana wysokość wadium oraz powtórzono za przepisami Pzp m.in. wymagania dotyczące formy wniesienia wadium oraz przesłanki utraty wadium na rzecz Zamawiającego, wśród których wymieniona została przesłanka związana z nie złożeniem przez wykonawcę oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictwa w odpowiedzi na wezwanie ze strony zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (pkt 11.8).

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w toku badania i oceny ofert, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy wykonawca spełnił, wynikające z treści SIWZ oraz Pzp, wymagania dotyczące wadium. W toku dokonywania tej oceny Zamawiający zobowiązany jest m.in. zbadać, czy treść dokumentu gwarancyjnego stanowić będzie skuteczny instrument zabezpieczenia jego interesów w razie zaistnienia którejkolwiek z określonych w Pzp oraz powtórzonych w SIWZ przesłanek skutkujących przypadkiem wadium na rzecz Zamawiającego. Protestujący ustanowił wadium w dopuszczalnej formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z żądaniem ze strony Zamawiającego do oferty

Protestującego załączony został oryginał dokumentu gwarancyjnego, który wystawiony został przez Gwaranta, tj. zakład ubezpieczeń. W treści ww. dokumentu w sposób czytelny określone zostały warunki realizacji zobowiązania gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, tj. Zamawiającego, a wśród nich zabrakło przesłanki utraty wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Zauważył, iż wyliczenie tych warunków ma charakter zbioru zamkniętego i nie pozwala na jego rozszerzającą interpretację o przesłankę z art. 46 ust. 4a Pzp. W treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zawarte jest wyraźne stwierdzenie Gwaranta, iż wypłata na rzecz Zamawiającego gwarantowanej sumy nastąpi w razie zaistnienia jednego z wymienionych w dokumencie warunków tj.: *„(...) o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z powyższych warunków i wyszczególni zaistniały warunek lub warunki”*. Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznał, iż nie było podstaw prawnych do uznania ustanowionego przez Protestującego wadium jako spełniającego sformułowane w treści SIWZ, a wynikające z Pzp warunki.

Odnosząc się do przytaczanego przez Protestującego orzecznictwa wskazał, iż u podstaw rozstrzygnięć w tych sprawach leżało ustalenie, iż w świetle dokumentu gwarancji wadium gwarant był świadomy: treści oferty składanej przez wykonawcę, wymagań SIWZ oraz Pzp w zakresie wadium, w tym przesłanek utraty wadium na rzecz zamawiającego i nie wnosił do nich zastrzeżeń. W tych okolicznościach, brak powtórzenia w treści dokumentu wadium przesłanek utraty wadium, wynikających z Pzp oraz SIWZ nie oznaczał, iż ustanowione wadium nie będzie skutecznie zabezpieczało interesów zamawiającego. W takim to właśnie kontekście w orzeczenia o sygn. akt: UZP/ZO/0-270/07 padło stwierdzenie, iż: *„Wadium ustanowione w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, upoważniających Zamawiającego w przypadku ich zaistnienia do zatrzymania wadium. Zamawiającemu bowiem prawo zatrzymania wadium przysługuje z mocy prawa.”*

Zamawiający stwierdził, iż o braku możliwości przyjęcia ustanowionego przez Protestującego wadium przesądza okoliczność, w której warunki utraty wadium na rzecz Zamawiającego zostały w treści dokumentu gwarancji wyczerpująco wyliczone, a wykładania treści oświadczenia woli Gwaranta nie pozwala na jego rozszerzającą interpretację i przyjęcie, iż wolą Gwaranta było zabezpieczenie interesów Zamawiającego również na wypadek zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp.

Zamawiający uznał również, iż w świetle przepisów Pzp oraz aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO/UZP 537/08) zobowiązany był do wykluczenia Protestującego z postępowania, a w tych okolicznościach złożony protest, jako bezzasadny, podlega oddaleniu.

W dniu 10.02.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty, wnioski i argumentację z protestu. Dodatkowo podniósł, iż Zamawiający stwierdził, iż z treści dokumentów gwarancji wadialnej nie wynika, aby gwarant był świadomy treści oferty składanej przez wykonawcę, wymagań SIWZ oraz Pzp i wobec czego nie można do niniejszej sprawy odnieść interpretacji określonej w orzeczeniu o sygn. akt: UZP/ZO/0-270/07. Powyższe Odwołujący uznał za niezasadne także z racji przedłożenia pisma w tej sprawie zawierającego wykładnię dokonaną przez ubezpieczyciela - gwaranta złożonego wraz z protestem Zamawiającemu. W kontekście treści tego dokumentu nie można bowiem absolutnie podzielić stanowiska Zamawiającego, według którego po stronie gwaranta brak było świadomości treści oferty składanej przez Wykonawcę, wymagań SIWZ oraz Pzp w zakresie wadium.

W kontekście powyższych rozważań nie można uznać zasadności stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu albowiem skoro w postępowaniu o zamówienie publiczne prawo zatrzymania wadium przysługuje Zamawiającemu z mocy prawa, a gwarant ma pełną świadomość tego, iż udzielił gwarancji w postępowaniu o zamówienie publiczne i przyznaje, że znał treść SIWZ i przepisów Pzp to w żaden sposób nie będzie mógł uchylić się od zrealizowania obowiązków wynikających z tychże przepisów i z faktu udzielenie gwarancji wadialnej.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, gwarancją ubezpieczeniową nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r., oświadczeniem Gwaranta z dnia 27.01.2009 r. złożonym wraz z protestem przez Odwołującego oraz aneksem 30.01.2009 r. do gwarancji ubezpieczeniowej nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu oraz którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy oferta ta cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny

w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy, z uwagi na przedłożenie oferty korzystniejszej cenowo od dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty identyczne cenowo także w ramach ofert dodatkowych, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji zatem nie zachodziłaby potrzeba wzywania innych Wykonawców do złożenia ofert dodatkowych i brak byłoby podstaw do unieważnienia postępowania, wobec tego, iż dwaj inni oferenci złożyli oferty dodatkowe o takiej samej cenie.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 4 Pzp, w ramach zaskarżonej decyzji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, a w konsekwencji tego także względem zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 5 Pzp decyzją o unieważnieniu postępowania, która pozbawiona była podstaw merytorycznych, Izba uznała za nieuzasadnione.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w tomie I SIWZ: „Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami” w Rozdz. 1: „Instrukcja dla Wykonawców” pkt 11: „Wadium” określił istotne postanowienia dotyczące wskazanej kwestii. Wskazał, iż: „Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości: 100 000 PLN” (pkt 11.1). Ustalił również, że: „Wadium wnoszone w pieniądzu winno być wpłacone na rachunek bankowy (.....)” (pkt 11.3), zaś: „Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi być złożone w oryginale, zgodnie z postanowieniami pkt. 8.5.2. i musi obejmować cały okres związania ofertą, określony w pkt. 13.1” (pkt 11.4).

Poza tym, wskazał także, iż: „Zamawiający dokona niezwłocznie zwrotu wadium, jeżeli: a) upłynie termin związania ofertą; b) zostanie zawarta umowa i wniesione zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy; c) Zamawiający unieważni postępowanie a protesty zostaną ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynie termin do ich wnoszenia” (pkt 11.5). Nadto, zgodnie z pkt 11.6, 11.8 i 11.9 zawarł warunki zwrotu i zatrzymania wadium, powielając w tym zakresie zapisy ustawowe, w tym w szczególności wskazał, że: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub



*oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”*

*Odwołujący złożył wadium wraz z ofertą w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. W ramach niej stwierdza się: „Ponieważ PHUP „Ger-Pol” Spółka Jawna Będkowski A., Będkowski J. z siedzibą: 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 101 (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę datowaną 29-12-2008 na „Dostawę soli zimowego utrzymania dróg na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w Kielcach w latach 2009-2011. Oferta – NA ZADANIE NR 231/2008” (dalej zwana „Ofertą”). Niniejszym podajemy do wiadomości, że (.....) (zwane dalej „Gwarantem”) jest zobowiązane wobec (...) (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 100.000,00 PLN (...), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić odpowiednio w/w Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym.*

*Warunki realizacji niniejszego zobowiązania są następujące:*

*Wykonawca po powiadomieniu go o akceptacji jego Oferty przez Zamawiającego w okresie jej ważności:*

- 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.*

*Podajemy się wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej w momencie otrzymania pisemnego żądania, bez konieczności uzasadnienia żądania przez Zamawiającego, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z powyższych warunków i wyszczególni zaistniały warunek lub warunki. (...).”*

*Zamawiający podczas oceny złożonej oferty uznał, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie gwarantowała dokonania płatności na jego rzecz w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 4a Pzp. W związku z powyższym uznał ofertę za niezabezpieczoną w sposób zgodny z wymaganiami Pzp, co jest równoważne z brakiem wniesienia wadium i skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.*

*W dniu 28.01.2009 r. Odwołujący wraz z protestem przedłożył pismo Gwaranta z dnia 27.01.2009 r., w którym informuje on, iż: „gwarancja ubezpieczeniowa wadium nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. (...) gwarantuje wszystkie przesłanki utraty wadium określone w Prawie Zamówień Publicznych w tym dokonanie płatności na rzecz Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a ustawy PZP”. Towarzystwo Ubezpieczeń oświadczyło, iż: „gwarancja nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. gwarantuje*

*Zamawiającemu zapłatę wszystkich przesłanek utraty wadium określonych w art. 46 ust. 5 i 4 a ustawy PZP”.*

Ponadto, Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 29.01.2009 r., wystosowane w trybie art. 181 ust. 2a Pzp przedłożył Aneks nr 1 z dnia 30.01.2009 r. do gwarancji ubezpieczeniowej nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r., w którym stwierdził, iż: *„Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia jej wystawienia do dnia 29.04.2009 r. włącznie (okres ważności gwarancji). (...)”.*

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, art. 46 ust. 4 a Pzp został wprowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058) i – stosownie do art. 4 ust. 1 w związku z art. 5 tej ustawy - ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych od dnia 24.10.2008 r. Postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 20.11.2008 r., a więc po wejściu w życie znowelizowanych przepisów. W tej sytuacji warunki realizacji świadczenia z gwarancji powinny obejmować także sytuację określoną w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp.

Ponadto, bezsporne pomiędzy stronami jest, że z literalnego brzmienia gwarancji ubezpieczeniowej nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. nie wynika, że Towarzystwo Ubezpieczeniowe zobowiązało się do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp.

Po drugie, Izba nie neguje stanowisk wyrażonych w orzeczeniach Zespołów Arbitrów z dnia 22.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1778/06, z dnia 20.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-270/07 oraz z dnia 20.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-690/07, wskazanych w ramach środków ochrony prawnej, jednakże uznaje je za potwierdzające zasadność kwestionowanej przez Odwołującego decyzji Zamawiającego. Należy także podnieść, iż również Izba wskazywała już w swoich orzeczeniach (wyrok z dnia 12.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 167/08, jak i w wyroku z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 19/09, odnoszącym się do stanu prawnego po nowelizacji), iż: *„W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te (gwarancji wadialnej – dopisek autora) zostały określone przepisami*

ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 46 ust 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy. Oczywistym jest, że nie ma wymogu ścisłego cytowania tych przepisów, określenie warunków może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających czy też nawet w sposób lakoniczny poprzez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie. Niemniej jednak wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji." Okoliczność tego rodzaju, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z gwarancją ubezpieczeniową, a nie bankową jest bez znaczenia dla adekwatności wskazanych orzeczeń w niniejszym przypadku. Istotne jest bowiem, aby gwarancja wadialna była prawidłowa i w pełni zabezpieczała interes Zamawiającego.

Po trzecie, należy wskazać, iż w przypadkach wynikających z orzeczeń Zespołów Arbitrów miało miejsce złożenie gwarancji wadialnych udzielonych nieodwołalnie i bezwarunkowo, płatnych na pierwsze żądanie. Zakres zobowiązań Gwaranta był co do zasady niczym nieograniczony i nie mógł on stawiać dodatkowych warunków Zamawiającemu co do możliwości skorzystania z niej. W przedmiotowym stanie faktycznym gwarancja ubezpieczeniowa nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. na pewno była nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie, jednakże nie była bezwarunkowa. Warunki zostały wskazane w jej treści i były zgodne z art. 46 ust. 5 Pzp. Płatność kwoty gwarancyjnej była więc uzależniona od zaistnienia tych warunków, tzn.: „(...) o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z powyższych warunków i wyszczególni zaistniały warunek lub warunki ". Powyższe potwierdził sam Odwołujący, który przedłożył w trybie art. 181 ust. 2a Pzp Aneks nr 1 z dnia 27.01.2009 r. do gwarancji ubezpieczeniowej nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r., gdzie dopiero Gwarant stwierdza, iż: „*Podajemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia (...)*”.

Po czwarte, należy zauważyć, że wyrokiem KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 19/09, że art. 46 ust. 4 a Pzp odnosi się do wszystkich Wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bez względu na ich szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast dyspozycja art. 46 ust. 5 Pzp dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Stąd też stanowisko Zamawiającego, że wadium wniesione w postaci gwarancji wadialnej nie zabezpiecza w pełni jego roszczeń, jest zasadne. Zamawiający będąc związany przepisami Pzp, nie mógłby wystąpić do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium z przedmiotowej

gwarancji ubezpieczeniowej, w przypadku nie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo, że wykonawca uchyliłby się od złożenia dokumentów lub oświadczeń na wezwanie. Nie zmienia tego faktu oświadczenie gwaranta złożone wraz z protestem przez Odwołującego, gdyż wobec braku podstawy prawnej zakreślonej przepisami Pzp, Zamawiającemu nie służyłoby takie roszczenie, bez jednoczesnego wyboru Odwołującego i uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Gdyby zaś z takim żądaniem wystąpił, naruszyłby przepisy Pzp. Oświadczenie Gwaranta z dnia 27.01.2009 r. nie zmienia niniejszego stanu rzeczy, gdyż niedopuszczalne jest uzupełnienie treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert. Gwarancja wadialna nie jest bowiem ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie jest też pełnomocnictwem.

Wadium stanowi bowiem określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia Zamawiający uzależnia dopuszczenie Wykonawcy do udziału w postępowaniu. Zaś funkcja wadium polega przede wszystkim na zabezpieczeniu Zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania wadium w wypadkach wskazanych w Pzp. Z całą pewnością gwarancja ubezpieczeniowa nr 901002748205 z dnia 17.12.2008 r. tej funkcji nie spełniała.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, dokonał rozliczenia wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych w wysokości 20 000 zł, zamiast wpisu należnego w sprawie tego odwołania, tj. kwoty 15 000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*