

Sygn. akt: KIO 1353/18

WYROK
z dnia 19 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 lipca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Podlaskie - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1353/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona)**

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Podlaskie - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6 i :

- 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. Zasądza od **Województwa Podlaskiego - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona)** kwotę **23 600 zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę i rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2018r. za numerem 2018/S 072 – 158782.

W dniu 28 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trojańska 7 i Construcciones RUBAU S.A. z siedzibą w Hiszpanii, c/Comercio 42; 17463 Flaca (Girona) - dalej odwołujący na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy. zamawiający wskazał, że: jako beneficjenta gwarancji wskazano jednostkę budżetową Województwa Podlaskiego, która nie posiada odrębnej osobowości prawnej. Tym samym tak wskazany beneficjent nie będzie miał możliwości dochodzenia zapłaty w postępowaniu sądowym gdyż nie posiada zdolności sądowej. Wymogiem zamawiającego określonym w Rozdziale XVIII było, aby beneficjentem gwarancji było Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, warunku tego odwołujący nie dotrzymał.

W dniu 9 lipca 2018r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 lipca 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu pełnomocnika konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 czerwca 2018r. udzielonego przez pełnomocnego członka zarządu Construcciones Rubau SA oraz na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez wiceprezesa spółki z dnia 29 grudnia 2015r., zgodnie ze złożonymi dokumentacji z akt rejestrowych obu wykonawców. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 lipca 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium polegające na wadliwym określeniu beneficjenta wadium, w sytuacji gdy wadium wniesione przez odwołującego było prawidłowe i spełniało wszystkie wymagania ustawy.

2. art. 14 ustawy w zw. z art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (dalej KC) przez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta „Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” zamiast „Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” pozbawia zamawiającego możliwości zrealizowania gwarancji w sytuacji gdy przepisy prawa nie wyłączają możliwości realizacji praw z gwarancji przez zamawiającego.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Wniosek o zasądzenie kosztów

Ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Oferta odwołującego jest bowiem najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania uzyska je. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że w Rozdziale XVIII siwz „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości: 2 000 000 PLN (słownie: dwa miliony złotych).

Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu przelewem na rachunek bankowy zamawiającego - przed upływem terminu składania ofert wadium winno znajdować się na rachunku bankowym inwestora:

BZ WBK S.A. 3 0/ Białystok Nr konta: 78 1 500 1344 1213 4002 9864 0000

z adnotacją: Wadium - „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614.” (...)

2. Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych lub poręczenia udzielanego na podstawie art. 45 ust. 6 pkt. 5 ustawy,

należy załączyć do oferty w oryginale.

3. Polisa, poręczenie, gwarancja lub inny dokument stanowiący formę wadium winno zawierać stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego - wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia - następuje jego bezwarunkowa wypłata, bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony gwaranta /poręczyciela.

W toku postępowania zamawiający trzykrotnie dokonywał zamiany ogłoszenia oraz siwz. W ostatniej zmianie z dnia 7 czerwca 2018, zamawiający zmodyfikował dział XVIII siwz, który przyjął następującą treść:

1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości: 2 000 000,- PLN (słownie: dwa miliony złotych).

Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu przelewem na rachunek bankowy zamawiającego - przed upływem terminu składania ofert wadium winno znajdować się na rachunku bankowym inwestora:

BZ WBK S.A 3 0/ Białystok Nr konta: 78 1 500 1344 1213 4002 9864 0000

z adnotacją: Wadium - „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614.”

Beneficjentem wadium jest: Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok, reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok. (...)

2. Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych lub poręczenia udzielanego na podstawie art. 45 ust. 6 pkt. 5 ustawy, należy załączyć do oferty w oryginale.

3. Polisa, poręczenie, gwarancja lub inny dokument stanowiący formę wadium winno zawierać stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego - wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia - następuje jego bezwarunkowa wypłata, bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony gwaranta /poręczyciela

Jednocześnie, w trakcie wszystkich zmian utrzymano zapis w ogłoszeniu oraz w siwz, zgodnie z którym zamawiającym jest Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie.

Dowód: Sprostowanie ogłoszenia oraz siwz z dnia 7 czerwca 2018

W terminie składania ofert, odwołujący złożył swoją ofertę, do której dołączył wadium w postaci gwarancji Bankowej numer 2221299918 (dalej „gwarancja”) wystawionej przez Bankia SA z siedzibą w Madrycie. W gwarancji wskazano zleceniodawcę (konsorcjum), określono kwotę, określono przetarg, warunki uprawniające do skorzystania z gwarancji oraz wskazano beneficjenta gwarancji. beneficjenta określono, jako Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6.

Dowód: Gwarancja numer 2221299918

Po otwarciu ofert okazało się, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza.

Dowód: Opublikowana przez zamawiającego informacja z otwarcia ofert

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

W przepisach prawa nie ma legalnej definicji wadium. W art. 70(4) KC wskazuje się, że wadium stanowi zabezpieczenie mające chronić organizatora przetargu przed działaniem uczestnika przetargu polegającym na uchyleniu się od zawarcia umowy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo wyrok z dnia 22 grudnia 2017r. KIO 2593/17) sformułowano pogląd na to, jakim warunkom winno odpowiadać wadium. W orzeczeniu tym podkreślono, iż mając na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniające jego typowe funkcje i pozwalające zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.

W ocenie odwołującego wniesione wadium spełnia wszystkie wymagania ustawowe przewidziane w art. 45 ustawy i umożliwia zamawiającemu realizację roszczeń wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Przede wszystkim wskazał, że wadium przedstawione przez odwołującego w postaci gwarancji bankowej zabezpiecza interes zamawiającego to jest Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich. Podmiotem zamawiającym jest Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich i w związku z tym odwołujący zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy był zobowiązany wnieść wadium, które miało zabezpieczać interesy zamawiającego. Zaznaczył, iż sam zamawiający nie jest do końca pewny, kto powinien być beneficjentem gwarancji i dał uczestnikom przetargu sprzeczne wytyczne. W rozdziale XVIII pkt 1 siwz wskazano, że: beneficjentem wadium jest:

Województwo Podlaskie, (...) reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, (...). Natomiast w tym samym rozdziale w pkt 3 zamawiający wskazał, że: Polisa, poręczenie, gwarancja lub Inny dokument stanowiący formę wadium winno zawierać stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego- wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia - następuje jego bezwarunkowa wypłata, bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony gwaranta /poręczyciela.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu zamawiający podał rachunek bankowy zamawiającego (tj. Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich) nr: 78 1500 1344 1213 4002 9864 0000. Pomimo tego, że wskutek modyfikacji siwz z dnia 7 czerwca 2018r. zmieniono beneficjenta dla wadium w postaci gwarancji to dane podmiotu przyjmującego wadium w pieniądzu pozostało bez zmian. Jest to kolejna rozbieżność siwz, która zdaniem odwołującego wskazuje, że zamawiające nie wie, jak określić jednostkę

uprawnioną do otrzymania wadium.

Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem dotyczącym siwz: „To na podstawie Informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego I jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 KC). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia I wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne I nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji” (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt I C 2/15).

Tym samym odwołujący wskazał, że nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji zaniechać zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji, gdy dopełnił obowiązku ustawowego i przedstawił gwarancję wystawioną na rzecz zamawiającego.

Odwołujący ponadto podniósł, że Województwo Podlaskie oraz Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich to nie są dwa odrębne podmioty prawa i powyższa okoliczność mogła zostać stwierdzona przez zamawiającego w drodze wykładni tekstu gwarancji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 KC. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem - gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest bank wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji. KIO wielokrotnie wskazywała już, że treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn. akt 54/11, Izba wskazała, iż: „omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że „w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 KC, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...). Niewątpliwym dla odwołującego jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (odwołującego i gwaranta - P. S.A.) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym stwierdził, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.

Dlatego też Izba stwierdziła, iż błąd w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy gwarancja ubezpieczeniowa została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa jest nieprawidłowa. Z kolei w innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy i art. 65 KC. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna (...) (por. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., w sprawie 765/13 784/13).

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa, województwo posiada osobowość prawną. W art. 8 tej ustawy wskazano, że w celu wykonywania zadań województwo tworzy wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne. Zgodnie z § 1 statutu Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku stanowiącym załącznik do uchwały nr VI/18/99 z dnia 25 lutego 1999r., Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Białymstoku jest właśnie przewidzianą przez ustawę, wojewódzką samorządową jednostką organizacyjną będącą zarządem dróg dla dróg wojewódzkich.

Powyższe przepisy wskazują, że Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku jest samorządową jednostką organizacyjną Województwa Podlaskiego odpowiedzialną za zarządzanie drogami wojewódzkimi. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich jest wyłącznie wyodrębnionym ze struktury Województwa aparatem urzędniczym odpowiedzialnym za konkretny zakres działań leżących w kompetencji województwa. Zarząd dróg nie posiada osobowości prawnej, nie posiada własnego majątku, nie posiada własnego finansowania. Wszystkie te elementy przynależą województwu. Tym samym, w obrocie prawnym zarząd dróg występuje, jako jednostka reprezentująca województwo w sprawach dotyczących dróg. W świetle powyższych przepisów niezrozumiałym jest zarzut jakoby Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich nie mógł dochodzić na drodze sądowej zapłaty od wystawy gwarancji. W takiej sytuacji z pozwem przeciwko wystawcy występuje Województwo Podlaskie. Przykładowo w sprawie, w której pozwano Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich Sąd Apelacyjny w Szczecinie (wyrok z dnia 21 czerwca 2006r. I ACZ 134/05) wskazał, że: skoro jednostka taka funkcjonuje w strukturach osoby prawnej, to jej byt jest pochodną istnienia tej osoby, a zatem nie dojdzie do takiej zmiany "strony", która miałaby walor przekształcenia podmiotowego, czyli takiego, które skutkowałoby wstąpieniem do sprawy podmiotu całkowicie niezależnego i odrębnego od podmiotu, który pierwotnie został wskazany jako strona (por. końcową część uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 1985 r., I CZ 89/84, opublikowanego w OSNC 1986/1-2/16).

Powyższe oznacza, że w sytuacji, gdy roszczenie dotyczy zarządu dróg, podmiotem postępowania sądowego jest województwo. Tym samym, nie ma żadnych podstaw do

twierdzenia, że zamawiający nie będzie mógł na drodze sądowej uzyskać ochrony swoich praw.

Zdaniem odwołującego, niezrozumiałe jest również założenie, że wystawca gwarancji nie spełni swojego świadczenia na rzecz Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich. Bank wystawiający gwarancję znał cel wnoszenia wadium, rodzaj roszczeń, które zabezpiecza, oraz zamawiającego, który zorganizował przetarg. Biorąc pod uwagę restrykcyjne wymagania prawa bankowego, zwyczaj handlowe oraz abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, bank nie będzie miał żadnych podstaw, aby uchylić się od wypłaty żądanej sumy. Fakty, że beneficjent nie ma ani osobowości prawnej ani zdolności sądowej nie ma żadnego znaczenia, ponieważ nie istnieje żaden przepis zakazujący wystawiania gwarancji bankowych na rzecz takich podmiotów. Co więcej same przepisy ustawy dopuszczają sytuację, w której zamawiającym jest jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy, ilekroć w ustawie jest mowa o zamawiającym - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy.

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich działa przez swojego dyrektora w związku z tym jest w stanie sformułować żądanie wypłaty z gwarancji i skierować je do banku. Jeżeli spełnione zostaną warunki określone w gwarancji bank nie będzie miał żadnych podstaw do odmowy spełnienia takiego żądania.

Odwołujący wskazał, że kwestia oznaczenia beneficjenta gwarancji była wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej. Z rozstrzygnięć tych wynika, że nie można uznać, że wadium (w postaci gwarancji) zostało wniesione wadliwie, jeżeli gwarancja bankowa została ustanowiona na rzecz jednostki organizacyjnej innego podmiotu.

Tak w orzeczeniu KIO/UZP 1409/09 z dnia 8 października 2009r., w orzeczeniu KIO /UZP 968/09 KIO/UZP 976/09 z dnia 6 sierpnia 2009r., w orzeczeniu KIO/UZP 266/09 z dnia 20 marca 2009r., w orzeczeniu KIO UZ/863/08 z dnia 3 września 2008r.

Odwołujący zawnioskował o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia tj.: ogłoszenia o zamówieniu przekazane do publikacji 11.04.2018 (wyciąg), wyciągu z siwz, statutu Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, sprostowania ogłoszenia oraz SIWZ z dnia 7 czerwca 2018, gwarancji numer 2221299918, opublikowanej przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert, pisma zamawiającego z dnia 28.06.2018 r.

W dniu 11 lipca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 13 lipca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo

zamówień publicznych i ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego (tj. oddaleniu odwołania), ponieważ złożył ofertę, która jest najkorzystniejsza z poprawnie złożonych w niniejszym postępowaniu, prawidłowa pod względem formalnym, nie została odrzucona, a przystępujący nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania i jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza z prawidłowo złożonych w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji przystępujący powinien uzyskać przedmiotowe zamówienie. Ewentualne uwzględnienie oczywiście bezzasadnego odwołania Konsorcjum Rubau Polska sp. z o.o. — Construcciones Rubau SA spowodowałoby pozbawienie przystępującego możliwości wygrania przedmiotowego przetargu i uzyskania zamówienia. Z uwagi na absolutną bezzasadność złożonego odwołania i oderwanie zawartych w nim argumentów i zarzutów od rzeczywistego stanu faktycznego przedmiotowego postępowania, w tym treści siwz oraz obowiązujących przepisów prawa, ewentualne jego uwzględnienie godziłoby w sposób oczywisty w obowiązujący porządek prawny.

W istocie zarzut odwołującego się dotyczy próby przypisania zamawiającemu naruszenia przepisów: art. 89 ust. 1 pkt. 7b) ustawy oraz art. 14 ustawy w zw. z art. 65 par. 1 i 2 Ustawy z dnia 23.04.1965 r. Kodeks cywilny („KC”), a zmierza do próby sanowania złożonej niezgodnie z wymaganiami siwz oferty odwołującego się przez zmianę - w drodze interpretacji treści załączonej do oferty odwołującego się gwarancji bankowej nr 2221299918 wystawionej przez Bankia SA z siedzibą w Madrycie — osoby beneficjenta gwarancji z Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku na Województwo Podlaskie.

Przystępujący podniósł, że w zasadzie całość złożonego przez odwołującego się odwołania polega na próbie dowolnej, subiektywnej interpretacji prawnej treści wystawionej przez hiszpański bank Bankia SA z siedzibą w Madrycie gwarancji bankowej nr 2221299918, mającej stanowić wadium w niniejszym postępowaniu i nadania jej treści innej, pożądanej przez odwołującego się.

Zgodnie z pkt. XVIII SIWZ, jako beneficjent wadium miało być oznaczone: Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok, reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok.

Bezspornym jest dla przystępującego także, że pomimo w/w wymagania siwz, odwołujący przedstawił gwarancję bankową, w której jako beneficjent oznaczony został Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa w zw. z art. 33 KC, województwo ma osobowość prawną. Zdolność do czynności prawnych, czyli samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej, w szczególności przez nabywanie praw, zaciąganie zobowiązań, składania oświadczeń woli, posiadają osoby prawne. Podmioty nie posiadające zdolności do czynności prawnych nie mogą występować ze skutkiem prawnym w obrocie i składać prawnie skutecznych oświadczeń woli. Stąd, intencją zamawiającego było

takie ukształtowanie gwarancji wadialnej, żeby możliwe było prawnie skuteczne skorzystanie z niej przez podmiot, posiadający osobowość prawną, a co za tym idzie, również zdolność do czynności prawnych, czyli Województwo Podlaskie — w tym wypadku reprezentowane przez wskazane statio municipi: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku. Powyższe doprecyzowanie, jak słusznie zauważył odwołujący się, było przedmiotem zmiany siwz z dnia 7.06.2018 r., w związku z czym żaden z wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, nie mógł mieć jakichkolwiek wątpliwości co do wymaganej treści gwarancji wadialnej.

Z kolei Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, którego odwołujący uczynił samodzielny beneficjentem gwarancji wadialnej, nie posiada osobowości prawnej, a zatem przymiotu zdolności do czynności prawnych. Nie jest również organem samorządu terytorialnego (którymi, w przypadku województwa, są — stosownie do art. 15 cyt. ustawy o samorządzie województwa, są: sejmik województwa i zarząd województwa), jest zaś samorządową jednostką organizacyjną (budżetową), o której mowa w art. 8 ust. 1 cyt. ustawy. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 13 czerwca 2017 r. (II GW 10/17), zarządca drogi, o którym mowa w art. 19 ust. 2 pkt 2-4 i ust. 5 ustawy o drogach publicznych, może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem drogi, utworzonej odpowiednio przez sejmik województwa radę powiatu lub radę gminy. Jeżeli jednostka taka nie została utworzona, zadania zarządu drogi wykonuje zarządca. Brzmienie art. 21 ust. 1 ustawy o drogach publicznych ponad wszelką wątpliwość pozwala stwierdzić, że jest to jednostka organizacyjna posiadająca podmiotowość prawną. Jednakże z uwagi na brak wyraźnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, nadającego jej osobowość prawną, zarząd drogi nie jest osobą prawną (por. art. 33 KC). Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu do postanowienia z dnia 21 czerwca 2006 r. (I ACZ 134/05): żaden z przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych nie przyznaje jednostkom organizacyjnym będącym zarządami dróg utworzonymi przez zarządcę drogi, osobowości prawnej. Brak również przepisu szczególnego, który przyznawałby Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich osobowość prawną. Tym samym, ustanawiając gwarancję wadialną w banku Bankia SA z siedzibą w Madrycie, jako jej beneficjenta odwołujący wskazał — wbrew wyraźnej instrukcji zamawiającego zawartej w pkt. XVIII SIWZ — podmiot inny, niż Województwo Podlaskie, a zatem nie spełnił tego wymagania zamawiającego. Wbrew oczywiście błędnej interpretacji odwołującego się (zob. pkt. VI zarzutów), Województwo Podlaskie i Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich są dwoma odrębnymi podmiotami, utworzonymi na podstawie różnych podstaw prawnych, korzystającymi z różnych reżimów prawnych i posiadającymi odrębne prawa, obowiązki i możliwości działania. Wbrew stanowisku odwołującego i zgodnie z poglądem zaprezentowanym przez zamawiającego w piśmie z dnia 28.06.2018 r. (znak

WZP.2510.9.2018) pt. „Informacja o odrzuceniu ofert” — z uwagi na brak zdolności do czynności prawnych na gruncie przepisów prawa cywilnego wskazanemu w treści tej gwarancji beneficjentowi — Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich nie przysługuje realne prawo podmiotowe domagania się zapłaty od wystawcy gwarancji, czy zdolność sądowa do ewentualnego sądowego egzekwowania wypłaty z gwarancji w przypadku powstania sporu. Tym samym, nie ma racji odwołujący, który usiłuje zrelatywizować ten podstawowy brak podmiotowy zaprezentowanej przez siebie gwarancji wadialnej w pkt. IV swoich zarzutów. Przeciwnie — ustanowiona przez odwołującego gwarancja nie tylko nie spełnia wyraźnie określonego przez zamawiającego w pkt. XVIII SIWZ wymagania podmiotowego, ale też nie zabezpiecza w żaden sposób interesu zamawiającego w niniejszym postępowaniu na wypadek zmaterializowania się przesłanek zatrzymania wadium, stosownie do art. 46 ust. 4a ustawy.

Zupełnie błędna jest również próba przypisywania przez odwołującego się zamawiającemu rzekomej niepewności co do wymaganego beneficjenta gwarancji wadialnej. Przeciwnie do sugestii odwołującego, zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wyraźnie sprecyzował swoje oczekiwanie w tym zakresie, właśnie w treści pkt. XVIII siwz, gdzie wskazał, w jaki sposób należy oznaczyć beneficjenta gwarancji. W pozostałym zakresie (pkt. V zarzutów odwołania), odwołujący — z naruszeniem procedury i terminów wskazanych w art. 182 ust. 1 PZP — stara się rozszerzyć zakres zarzutów na treść siwz, a nie zaskarżoną czynność zamawiającego. Przystępujący wskazał, że — wbrew sugestiom odwołującego się nie ma żadnej wątpliwości interpretacyjnej co do jednoznacznego wymagania zawartego w pkt. XVIII siwz odnośnie osoby beneficjenta gwarancji, a zatem podejmowane przez niego próby interpretacji w/w postanowienia przez pryzmat pozostałych informacji, zawartych w siwz, uznać należy za subiektywną próbę doszukiwania się w treści siwz nie istniejących wymagań zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, że zawarte w treści odwołania twierdzenia są w istocie wzajemnie sprzeczne i oparte na nie do końca jasnych тезach odwołującego się, a nie na rzeczywistym stanie faktycznym i prawnym sprawy. Z jednej strony odwołujący chce widzieć w Podlaskim Zarządzie Dróg Wojewódzkich alter ego Województwa Podlaskiego, zdolnego prawnie do samodzielnego dochodzenia roszczeń od wystawcy gwarancji, przez osobę swego dyrektora (pkt. VIII zarzutów), z drugiej jednak sugeruje, jakoby w istocie sama treść gwarancji utożsamiała beneficjenta gwarancji Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich z Województwem Podlaskim (pkt. VI zarzutów). Odwołujący, dążąc do nadania wymaganiu pkt. XVIII siwz znaczenia, przeciwnego do jego literalnego brzmienia, stara się odwołać do postanowień, dotyczących wadium wnoszonego w pieniądzu (pkt. V zarzutów) na wyodrębniony rachunek Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, będącego przecież jednostką budżetową, rozliczającą się — na podstawie planu finansowego — corocznie z budżetem założycielskim.

Tymczasem istotą zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej jest właśnie zupełnie odmienna forma zabezpieczenia beneficjenta gwarancji, pozwalająca mu na zaspokojenie się z dokumentu gwarancji na pierwsze żądanie, zaś w razie jakichkolwiek problemów w tym zakresie — na sądowe dochodzenie należności z gwarancji, jako dokumentu o charakterze abstrakcyjnym i bez żadnych ograniczeń, w szczególności podmiotowych.

Również wybór zacytowanych przez odwołującego się orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej sprzed 9-10 lat nie tylko nie uwzględnia wprowadzonej ustawą z dnia 22.06.2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) nowelizacji, która weszła w życie z dniem 28.07.2016 r., związanej m.in. z dodaniem art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP, ale także aktualnych trendów orzeczniczych (zob. powołane poniżej przykładowe orzeczenia KIO z ostatniego okresu) oraz znacznych różnic w stanach faktycznych cytowanych przez odwołującego spraw ze stanem faktycznym niniejszej sprawy (m.in. różny status Urzędu Miasta, jako jednostki organizacyjnej gminy powstałej z mocy ustawy i działającej w obrocie cywilnoprawnym w zastępstwie Gminy, a jednostki budżetowej województwa, utworzonej przez organ województwa mocą uchwały i działającej na podstawie nadanego jej statutu w obrębie wykonywania zadań zarządcy drogi). Tymczasem zgodnie z aktualną linią orzeczniczą KIO:

- Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej (zob. wyrok KIO z dnia 06.06.2017 r., sygn. KIO 1046/17),
- W przypadku gwarancji bankowych nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Niewątpliwie dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach oświadczeniami, co zdaniem Izby dotyczy także oświadczeń banku gwaranta (zob. wyrok KIO z dnia 13.01.2017 r., sygn. KIO 2489/16),
- Kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 PZP i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy.
- Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej - jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu

na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień gwaranta (wyrok KIO z 23.06.2010 r., KIO/UZP 1180/10).

- Wskazanie w treści gwarancji jako jej beneficjenta, czyli podmiot, na rzecz którego zostanie spełnione świadczenie z gwarancji, innego podmiotu niż Zamawiający, czyni wątpliwym uzyskanie środków z gwarancji przez Zamawiającego. Taka treść gwarancji stwarza ryzyko, że gwarant odmówi wypłaty środków z gwarancji na rzecz Zamawiającego ze względu na złożenie wniosku o wypłatę przez inny podmiot niż beneficjent wskazany w treści gwarancji (zob. wyrok KIO z dnia 13.10.2017 r., sygn. KIO 2023/17).

Biorąc powyższe pod uwagę, zasadne jest w ocenie przystępującego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i żądanie oddalenia wniesionego przez odwołującego się odwołania, jako oczywiście bezzasadnego.

Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 lipca 2018r.

W dniu 19 lipca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i uznając, że prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego jako zabezpieczoną niezgodnym z siwz wadium. Zamawiający wskazał, że przyjmuje się w orzecznictwie, iż wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy występuje w sytuacji, gdy wykonawca wnosi wadium w żądanej kwocie, jednak niezgodnie z wymaganiami dotyczącymi wadium określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w przepisach ustawy Wniesienie wadium należy natomiast uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wtedy, bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

Nie ulega dla zamawiającego wątpliwości, że gwarancja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dokumentem o szczególnym znaczeniu. Nie tylko z uwagi na jego rolę, istotną z punktu widzenia zamawiającego, dla którego wadium stanowi zabezpieczenie oferty wykonawcy. Ważne jest, bowiem to, że w odróżnieniu od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy wykazujących umocowanie do składania w imieniu wykonawców oświadczeń woli, dokument stanowiący wadium nie podlega uzupełnianiu. Jego niezłożenie (bądź złożenie dokumentu obciążonego błędem) skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, czego konsekwencją jest odrzucenie jego oferty. Co więcej, do wadium nie znajdują również zastosowania przewidziane przez prawo zamówień publicznych mechanizmy umożliwiające sanowanie wadliwości oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta. Wadium nie jest bowiem częścią oferty, stanowi jedynie jej zabezpieczenie. Nie jest więc możliwe poprawienie przez

zamawiającego zidentyfikowanej w wadium omyłki (to uprawnienie odnosi się jedynie do oferty) czy wystąpienie do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień odnoszących się do tego dokumentu.

Zgodnie z postanowieniami siwz punkt XVIII.I WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM, po zmianie z dnia 7 czerwca 2018r. zamawiający określił następujące warunki cyt:

Beneficjentem wadium jest: Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok, reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok.

W terminie składania ofert wykonawca — Konsorcjum RUBAU POLSKA Sp. z o.o. oraz CONSTRUCCIONES RUBAU POLSKA S.A złożył swoją ofertę, do której dołączył wadium w postaci Gwarancji Bankowej nr 2221299918 z dnia 18 czerwca 2018r. wystawionej przez Bankia S.A z siedzibą w Madrycie. W gwarancji wskazano beneficjenta Gwarancji jako Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, 15 — 620 Białystok, ul. Elewatorska 6.

Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na załączoną do oferty bankową gwarancję zapłaty wadium nr 2221299918 wystawioną 18 czerwca 2018r. przez Bankia S.A bowiem jako beneficjenta wskazano Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, 15 620 Białystok, ul. Elewatorska 6 zamiast Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok, reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok.

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie wskazując, iż przedłożona przez Odwołującego gwarancja nie stanowi skutecznego zabezpieczenia wadium oferty Wykonawcy. Złożona została niezgodnie z dotyczącymi wadium określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, wadium może być wniesione w formie gwarancji bankowej. Podstawowym elementem gwarancji bankowej musi być nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego. Gwarancja bankowa sprowadza się zatem do zagwarantowania wypłaty przez Gwaranta na rzecz Beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Dlatego też ważne jest prawidłowe oznaczenie Beneficjenta gwarancji.

Zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie wskazał, iż beneficjentem gwarancji wadium winno być Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok,

reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok. Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku będzie też w przyszłości stroną umowy z wyłonionym w przetargu Wykonawcą (patrz; wzór umowy stanowiący załącznik IV do SIWZ). Województwo Podlaskie zawierając umowę z wyłonionym w przetargu Wykonawcą, w stosunkach cywilnoprawnych występuje jako zamawiający, bowiem to Województwo Podlaskie wyposażone zostało w osobowość prawną (art. 33 k.c).

Zgodnie z zapisem art. 33 k.c osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Jak wynika z treści art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa (Dz. U. tj. z 2018r. poz. 913 ze zm.), województwo posiada osobowość prawną. W celu wykonywania zadań województwo tworzy wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne — art. 8 ust. 1 cyt. ustawy. Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku jest samorządową jednostką organizacyjną Województwa Podlaskiego odpowiedzialną za zarządzanie drogami wojewódzkimi - S I statutu Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich stanowiący załącznik do uchwały Nr VI/ 18/99 z dnia 25.02.1999 Sejmiku Województwa Podlaskiego w sprawie utworzenia jednostki budżetowej Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku.

Nie może, zatem zdaniem zamawiającego budzić wątpliwości to, iż Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, jako nieposiadająca osobowości prawnej jednostka organizacyjna, sprawująca w imieniu Zarządu Województwa Podlaskiego zarząd dróg wojewódzkich, na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, nie posiada zdolności sądowej. Żaden, bowiem z przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, nie przyznaje jednostkom organizacyjnym będącym zarządami dróg utworzonymi przez zarządcę drogi, osobowości prawnej.

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku wskazany, zatem jako beneficjent w treści gwarancji bankowej, to podmiot, który nie jest podmiotem prawa, nie posiada osobowości prawnej, nie ma zdolności prawnej, ani zdolności do czynności prawnych, nie może być podmiotem praw i obowiązków. W związku z powyższym w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających potrzebę zaspokojenia się przez zamawiającego z wniesionego wadium, zaistnieje brak możliwości dochodzenia kwoty objętej gwarancją bankową z uwagi na dwie okoliczności tj. brak przymiotu zdolności sądowej po stronie PZDW oraz brak legitymacji po stronie Województwa Podlaskiego z uwagi na brak wskazania Województwa jako beneficjenta gwarancji. Nie zmienia tego fakt, iż w świetle ustawy prawo zamówień publicznych Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku może występować w roli zamawiającego jako jednostka sektora finansów publicznych (art. 2 pkt 12 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p.) skoro w stosunkach cywilnoprawnych nie może być samodzielnie podmiotem żadnych praw ani obowiązków, w tym wynikających z gwarancji bankowej. Jak słusznie zauważył przystępujący

podmioty nie posiadające zdolności do czynności prawnych nie mogą występować ze skutkiem prawnym w obrocie i składać skutecznych oświadczeń woli. Stąd też, intencją zamawiającego było takie ukształtowanie gwarancji wadialnej, żeby możliwe było prawnie skuteczne skorzystanie z niej przez podmiot posiadający osobowość prawną, a co za tym idzie również zdolność do czynności prawnych, czyli Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku. Powyższe założenie zostało w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sprecyzowane w treści punktu XVIII SIWZ i nie budziło wątpliwości pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym miejscu zamawiający zwrócił uwagę na przyjmowany w orzecznictwie zakaz przypisywania sformułowaniom użytym w gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej innego znaczenia niż wynikający z ich dosłownej treści. Zgodnie z Sąd Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004r. II CK 308/04 „akcentuje się, że z charakteru instytucji gwarancji bankowej wynika potrzeba ścisłego wykładania postanowień gwarancji. Kierując się tym właśnie postulatem nie można więc przypisywać sformułowaniom użytym w gwarancji innego znaczenia niż wynika to z ich dosłownej treści.” „Ścisła wykładnia postanowień gwarancji wydaje się również uzasadniona celem gwarancji oraz dobrze pojętym interesem stron.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia tj.: ogłoszenia o zamówieniu przekazane do publikacji 11.04.2018 (wyciąg), wyciągu z siwz, statutu Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, sprostowania ogłoszenia oraz SIWZ z dnia 7 czerwca 2018, gwarancji numer 2221299918, opublikowanej przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert, pisma zamawiającego z dnia 28.06.2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Z treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 13 kwietnia 2018r. wynika, że w sekcji I.1) Nazwa i adresy podano: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

Zaś w sekcji VI.3) Informacje dodatkowe: 1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości: 2 000 000 PLN (słownie: dwa miliony złotych).

W pierwotnym brzmieniu siwz zamawiający wskazał:

W rozdziale I. NAZWA ORAZ ADRES ZAMAWIAJĄCEGO - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

W rozdziale XVIII. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM: 1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości: 2 000 000,- PLN (słownie: dwa miliony złotych).

Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu przelewem na rachunek bankowy zamawiającego – przed upływem terminu składania ofert wadium winno znajdować się na rachunku bankowym inwestora:

BZ WBK S.A. 3 O/ Białystok Nr konta: 78 1500 1344 1213 4002 9864 0000

z adnotacją: Wadium – „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów – Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew – odcinek II od km 8+462 do km 32+614.”

- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007r. Nr 42, poz. 275).

Potwierdzenie wniesienia wadium należy dołączyć do oferty.

2. Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych lub poręczenia udzielanego na podstawie art. 45 ust. 6 pkt. 5 ustawy, należy załączyć do oferty w oryginale.

3. Polisa, poręczenie, gwarancja lub inny dokument stanowiący formę wadium winno zawierać stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego – wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – następuje jego bezwarunkowa wypłata, bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony gwaranta /poręczyciela.

4. Oferta, która nie będzie zabezpieczona akceptowalną formą wadium zostanie przez Zamawiającego odrzucona bez rozpatrywania.

5. Zamawiający dokona zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

6. Wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy.

7. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

8. Wadium wniesione w pieniądzu, zamawiający zwraca wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

9. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na

poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

10. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W specyfikacji po zmianie z dnia 7 czerwca 2018r. zamawiający podał:

W rozdziale I. NAZWA ORAZ ADRES ZAMAWIAJĄCEGO - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

W rozdziale XVIII. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM

1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości: 2 000 000,- PLN (słownie: dwa miliony złotych).

Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu przelewem na rachunek bankowy zamawiającego – przed upływem terminu składania ofert wadium winno znajdować się na rachunku bankowym inwestora:

BZ WBK S.A. 3 O/ Białystok Nr konta: 78 1500 1344 1213 4002 9864 0000 z adnotacją: Wadium – „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów – Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew – odcinek II od km 8+462 do km 32+614.”

Beneficjentem wadium jest: Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok, reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok.

- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007r. Nr 42, poz. 275).

Potwierdzenie wniesienia wadium należy dołączyć do oferty.

2. Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych lub poręczenia udzielanego na podstawie art. 45 ust. 6 pkt. 5 ustawy, należy załączyć do oferty w oryginale.

3. Polisa, poręczenie, gwarancja lub inny dokument stanowiący formę wadium winno zawierać stwierdzenie, że na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego – wzywające do zapłaty kwoty wadium zgodnie z warunkami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – następuje jego bezwarunkowa wypłata, bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony gwaranta /poręczyciela.

4. Oferta, która nie będzie zabezpieczona akceptowalną formą wadium zostanie przez Zamawiającego odrzucona bez rozpatrywania.

5. Zamawiający dokona zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

6. Wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy.

7. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

8. Wadium wniesione w pieniądzu, zamawiający zwraca wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

9. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

10. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z załącznika do uchwały Nr VI/18/99 z dnia 25.02.1999 Sejmiku Województwa Podlaskiego - Statut Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku wynika:

§1.

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Białymstoku jest wojewódzką samorządową jednostką organizacyjną będącą zarządem drogi dla dróg wojewódzkich.

§4.

Podlaskim Zarządem Dróg Wojewódzkich utworzonym przez Sejmik Województwa kieruje Dyrektor powoływany i odwoływany przez Zarząd Województwa Podlaskiego.

Podczas nieobecności Dyrektora zastępuje go osoba upoważniona przez Dyrektora.

Dyrektor Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich może udzielić dalszych pełnomocnictw do dokonywania określonych czynności cywilno-prawnych i faktycznych w zakresie jego właściwości.

Z gwarancji bankowej nr 2221299918 z dnia 18 czerwca 2018r. wynika, że jako beneficjenta Bankia wskazała Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku i oświadczyła, że została poinformowana, że odwołujący zamierza złożyć ofertę przetargową w przetargu nieograniczonym pod nazwą „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów - Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew - odcinek II od km 8+462 do km 32+614” i gwarantuje i zobowiązuje się w stosunku do beneficjenta, że zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo każdą kwotę do łącznej wysokości nie przekraczającej 2 milionów złotych na pierwsze żądanie beneficjenta, prawidłowo podpisane i zawierającego oświadczenie, że nastąpiła jedna z okoliczności opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy – szczegółowo w gwarancji opisanych lub nastąpiła okoliczność wspomniana w art. 46 ust. 4a ustawy, także szczegółowo opisana. Bank wskazał także, że nie ma żadnego obowiązku sprawdzania okoliczności zawartych w żądaniu zapłaty. Zobowiązanie w ramach gwarancji obowiązuje od 25 czerwca do 25 października 2018r. Gwarancja wygaśnie całkowicie i automatycznie w następujących przypadkach:

- 1) Kiedy żądanie zapłaty od beneficjenta i jego oświadczenie nie zostanie bankowi przedstawione w terminie obowiązywania gwarancji,
- 2) Kiedy wartość dokonanych wypłat z tytułu gwarancji osiągnie sumę gwarantowaną,
- 3) Kiedy gwarancja zostanie zwrócona w terminie jej obowiązywania.

Do wszelkich praw i obowiązków wynikających z gwarancji stosuje się przepisy prawa polskiego. Jakikolwiek spór, który może wyniknąć w związku z gwarancją zostanie rozwiązany zgodnie z prawem polskim i poddany pod jurysdykcję sądów w Polsce, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej. Prawa wynikające z gwarancji nie mogą być przenoszone na inne osoby bez uprzedniej zgody oddziału banku.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że wszyscy zainteresowani wykonawcy zaoferowali 7 letni okres gwarancji i rękojmi, a zatem wykonawcy będą konkurować wyłącznie ceną. Odwołujący zaoferował najniższą cenę tj. 258 300 000zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że kwestie funkcjonowania spółki, w tym ofertowania na usługi i produkty spółki określa nie tylko lit. L, ale również lit. E pełnomocnictwa z 29.12.2015, gdzie upoważnia się pełnomocnika do kierowania i zarządzania handlem spółki, w tym brania udziału i kierowania wszelkimi aktami i operacjami, które będą tworzyć procesy przemian produkcji i sprzedaży oraz zarządzania spółką, w tym składać oferty na produkty i usługi spółki, przygotowywać i akceptować zamówienia, a także lit. M i N tegoż pełnomocnictwa, które wprowadzają prawo do reprezentowania spółki w postępowaniach przed organami administracyjnymi i cywilnymi, a także udzielania pełnomocnictw, oraz lit. R, wskazująca na ogólny charakter pełnomocnictwa p. C., dotyczącego czynności administrowania, zarządzania i kierowania spółką, zarówno uzupełniająco, pomocniczo, przygotowawczo, wykonawczo i zastępczo. W ocenie Izby tak szeroki zakres pełnomocnictwa odpowiada upoważnieniu członka zarządu reprezentującego spółki akcyjne w Polsce, a zatem pozwala na zorganizowanie wspólne procesu sprzedaży robót budowlanych i usług z nimi związanych w zakresie działalności spółki Construcciones RUBAU S. A. i zgodnie z pkt 6 ust. 2 zaświadczenia rejestratora handlowego Girone, p. C. jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji spółki. Przystępujący nie podważył w tym zakresie złożonego tłumaczenia zaświadczenia rejestru, z tych też względów brak jest podstaw dla kwestionowania upoważnienia p. C. do udzielania pełnomocnictwa w rozumieniu art. 23 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium polegające na wadliwym określenie beneficjenta wadium, w sytuacji gdy wadium wniesione przez odwołującego było prawidłowe i spełniało wszystkie wymagania ustawy.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby z przepisów art. 45 i 46 ustawy wynika, że zamawiający ma swobodę, co do określenia warunków gwarancji w ograniczonym zakresie tj. może zdecydować czy będzie żądał wadium poniżej progów unijnych – art. 45 ust.2 ustawy i określić wysokość wadium przy czym nie może przekroczyć wartości maksymalnej – art. 45 ust. 4 ustawy. Pozostałe przepisy ustawy mają charakter obligatoryjny tak pod względem

formy wniesienia wadium, momentu jego wniesienia, ryzyk przed którymi wadium ma chronić zamawiającego oraz momentu jego zwrotu i ponownego wniesienia, a także przedłużenia. Tym samym rację należy przyznać odwołującemu, że ustawodawca wyraźnie określił, że wadium ma zabezpieczać zamawiającego. Z sekcji I ogłoszenia jak i z rozdziału I siwz wprost wynika, że zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, co potwierdził także zamawiający w toku rozprawy. Bezsporne jest, że na gruncie stosunków cywilnoprawnych Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich nie ma osobowości prawnej, a osobowość tę posiada Województwo Podlaskie i bezsporne jest także to, że stroną wzoru umowy jest Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich. Jednak należy rozważyć czy te okoliczności mają wpływ na możliwość dochodzenia roszczeń z gwarancji przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, czy Województwo Podlaskie. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że bank gwarant miałby podstawy do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej na podstawie zlecenia podpisanego przez prawidłowo reprezentowany zarząd Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, gdyż niewątpliwie jest to beneficjent określony wprost w treści gwarancji. Wśród części doktryny, której poglądy Izba podziela umową jest stosunek nawiązany pomiędzy bankiem, a zleceniodawcą gwarancji – czyli odwołującym i w tym przypadku oba podmioty były zdolne do wstąpienia w stosunek cywilnoprawny. Natomiast drugim stosunkiem jaki powstaje w wyniku zlecenia gwarancji bankowej jest jednostronne zobowiązanie się banku, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony określonych warunków, w badanym przypadku wskazania pisemnego, że zaistniały okoliczności uprawniające do zatrzymania wadium, bank wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tym samym w ocenie Izby status prawny beneficjenta nie może stanowić podstawy do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej. Pogląd o dwoistości stosunku prawnego w ramach gwarancji bankowej został wyrażony m. in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 7 sierpnia 2013r. sygn.. akt I ACa 311/13 „Gwarancja bankowa, zdefiniowana w art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako zabezpieczenie wierzytelności, charakteryzujące się wysokim stopniem pewności jego realizacji. Na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Pierwszy powstaje pomiędzy bankiem a podmiotem zlecającym udzielenie przez bank gwarancji. Dochodzi tutaj do zawarcia umowy zlecenia, w której bank zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji. Istotą tej (drugiej) umowy jest z kolei jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Wierzytelność z gwarancji bankowej powstaje z chwilą przyjęcia przez beneficjenta oświadczenia gwaranta. Jest to wierzytelność przyszła, wymagalna z chwilą niewykonania oznaczonego w gwarancji świadczenia. Treścią zobowiązania banku (wobec beneficjenta) jest zatem odpowiedzialność na wypadek, gdyby

dłużnik główny nie spełnił świadczenia. Należy przy tym podkreślić, że cechą gwarancji bankowej nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka określonej transakcji.” Nadto Izba wzięła pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego, który niejednokrotnie wskazywał, że nieprawidłowe oznaczenie strony stosunku umowy materialnoprawnej przez wskazanie jednostki organizacyjnej zamiast podmiotu wyposażonego w osobowość prawną nie powoduje nieważności takiej umowy, a tym samym w ocenie Izby nie dawałoby bankowi gwarantowi podstawy do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej, gdyby z takim żądaniem wystąpiło Województwo Podlaskie wskazując, że jest osobą prawną, w skład której wchodzi beneficjent gwarancji – por. postanowienie SN z dnia 10 lutego 2012r. II CSK 204/11, wyrok SN z dnia 18 lipca 2014 IV CSK 716/13, postanowienie SN z 8 października 2014r. sygn. akt II CSK 781/13, wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2012r. sygn. akt III CSK 247/11. Na gruncie przedmiotu sporu wypowiadała się także po czerwcu 2016r. Izba np. w wyroku z dnia 24 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 632/17, w wyroku z dnia 12 stycznia 2018r. sygn. akt KIO 2739/17 (ten wyrok dotyczył wskazania jako beneficjenta Komendy Głównej Policji zamiast organu czyli Komendanta Głównego Policji) czy wcześniej Sąd Okręgowy w Bydgoszczy dnia 13 stycznia 2016r. sygn. akt Ga 280/15. W ocenie Izby wskazanie jako beneficjenta oddziału danej osoby prawnej jest analogiczne do wskazania jednostki budżetowej osoby prawnej, gdyż w obu przypadkach istota sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy gwarancja wadialna wystawiona na podmiot nie posiadający osobowości prawnej jest wystawiona prawidłowo. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 2 jak i przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b są tak przed nowelizacją jak i po nowelizacji tożsame i sprowadzają się do rozstrzygnięcia o tym, czy wadium jest wniesione prawidłowo czy też nie, dlatego w ocenie Izby odwołujący miał prawo powoływać się na orzecznictwo Izby przed nowelizacją w 2016r., gdyż zachowuje ono nadal swoją aktualność. W ocenie Izby gwarancja wadialna może podlegać ocenie przez pryzmat zgodności z siwz jedynie w tych aspektach, w których ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę decyzyjną, natomiast w sytuacji, gdy ustawodawca określone kwestie uregulował w ustawie, to nie mogą być one zmodyfikowane przez zamawiającego. Jak słusznie zauważył odwołujący zamawiający w rozdziale I jak i w sekcji I jako zamawiającego podał Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, tym samym gwarancja wystawiona na tak określonego zamawiającego, była wystawiona zgodnie z przepisami ustawy, a Izba nie dopatrzyła się w treści tej gwarancji przesłanek dających bankowi gwarantowi możliwość odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy Województwo Podlaskie wykaże, że jako osoba prawna, w ramach której utworzono Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich ma prawo domagać się roszczeń z sumy gwarancyjnej przeznaczonej dla tego podmiotu, w sytuacji, gdy żądanie będzie prawidłowo podpisane i zawierającego oświadczenie, że nastąpiła jedna z okoliczności opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy – szczegółowo w gwarancji opisanych lub nastąpiła okoliczność wspomniana

w art. 46 ust. 4a ustawy, także szczegółowo opisana. Bank wskazał także, że nie ma żadnego obowiązku sprawdzania okoliczności zawartych w żądaniu zapłaty. Tym samym w treści gwarancji Izba nie dopatrzyła się ograniczeń w możliwości dochodzenia roszczeń przez zamawiającego. Tym samym nie dopatrzyła się podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy, a w konsekwencji doszła do przekonania, że zamawiający ten przepis naruszył przez jego zastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 14 ustawy w zw. z art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (dalej KC) przez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta „Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” zamiast „Województwo Podlaskie reprezentowane przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” pozbawia zamawiającego możliwości zrealizowania gwarancji w sytuacji gdy przepisy prawa nie wyłączają możliwości realizacji praw z gwarancji przez zamawiającego.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby możliwość dokonywania wykładni oświadczeń woli związanych z treścią gwarancji bankowej jest utrwalona w orzecznictwie Sądu Najwyższego, gdzie można wskazać choćby na wyroki SN z dnia 12 kwietnia 2013r. IV CSK 569/12, z dnia 29 listopada 2013r. I CSK 90/13, z 10 lutego 2010r. V CSK 233/09 i z 27 marca 2013r. I CSK 630/12 zaś przy nieakcesoryjnej gwarancji, a taki charakter ma gwarancja złożona w niniejszym postępowaniu każdorazowo należałoby rozważyć przede wszystkim, czy wystąpiła oczywista niecelowość zapłaty. W ocenie Izby taka niecelowość nie występuje w sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia, a jedynym powodem odmowy miałyby być błędnie określone statio mucipi, które może podlegać korekcie nawet w postępowaniu sądowym. Tym samym nadmiernie zawężająca wykładnia gwarancji bankowej dokonana przez zamawiającego utożsamiająca uprawnionego z gwarancji z jedynie z nazwy wskazanym w niej podmiotem jest w ocenie Izby nadmierna i nieuzasadniona. W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie dokonał wszechstronnego rozważenia prawidłowości złożonej gwarancji, w tym z zastosowaniem reguł wykładni oświadczeń woli.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego i nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem do kwoty dopuszczonej przez ww. rozporządzenie..

Przewodniczący: