

Sygn. akt KIO 2406/10

WYROK
z dnia 18 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 listopada 2010 r. przez **PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o., ul. Wiernicza 131, 02-952 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Suwalska 64, 19-300 Ełk**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o., ul. Wiernicza 131, 02-952 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o., ul. Wiernicza 131, 02-952 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o., ul. Wiernicza 131, 02-952 Warszawa** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Suwalska 64, 19-300 Ełk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

.....
Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o., ul. Suwalska 64, 19-300 Ełk - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz.759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na realizację zadania pn.: „Przebudowa kolektorów sanitarnych wschodniej części miasta Ełk” nr sprawy DJRP/2261/07/2010. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 149-230880 dnia 4 sierpnia 2010 r.

W dniu 29 października 2010 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawców: Teco sp. z o.o. i Pre Aarsleff Polska sp. z o.o. oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 3 listopada 2010 r. Per Aarsleff Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym żądał uwzględnienia odwołania w całości, uchylenia decyzji o wykluczeniu Odwołującego oraz decyzji o unieważnieniu postępowania, jak również nakazania dokonania ponownej oceny oferty i zwrotu kosztów postępowania według udokumentowanego wniosku złożonego na rozprawie. Kopia odwołania wraz z załącznikami przesłana została Zamawiającemu faxem, na dowód czego do odwołania załączono dowód przesłania z dnia 3 listopada 2010 r. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że składając ofertę, celem zabezpieczenia wadium wniósł gwarancję wadialną nr G/144/464/2010/Z z dnia 7 września 2010 r. Złożona gwarancja, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zgodna jest z wymogami ustawy Pzp, albowiem zabezpiecza wszystkie przypadki określone w przepisach art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Analizując bowiem zapisy art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp wskazać należy, iż przedmiotowa gwarancja zabezpiecza przypadek określony w art. 46 ust. 4a PZP, wskazując w swej treści, iż *„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, lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po Jego stronie". Gwarancja wadialna zabezpiecza także przypadki określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wskazując, iż „My, Danske Bank A/S (...) zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do maksymalnej wysokości 200.000,00 PLN (słownie: dwieście tysięcy złotych) po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania Zamawiającego, zawierającego oświadczenie, że Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub*
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub*
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”*

Odwołujący powoływał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. (sygn. akt XII Ga 350/09), w myśl którego: *„Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne, treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 P.Z.P.”*. W przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwołującego, gwarancja wadialna zabezpiecza wszystkie przypadki wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że polemika z treścią „ogłoszenia o unieważnieniu postępowania przetargowego” z dnia 29 października 2010 r. jest utrudniona w sytuacji, gdy Zamawiający nie próbował nawet wskazać, który to element gwarancji jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 316/10 - *„Nie jest nieodzwonne, aby dokument gwarancji wadialnej posługiwał się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p.”*

W związku z powyższym Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż gwarancja wadialna jest niezgodna z przepisami (równocześnie nie wskazując z którymi) i w ten sposób bezpodstawnie podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszył art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bezpodstawnie uznając, iż złożona gwarancja wadialna nie zabezpiecza przypadków wskazanych w przytoczonych przepisach.

W dniu 3 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 5 listopada 2010 r. do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pocztą elektroniczną (zwykłą) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Teco Sp. z o.o., ul. Mydlana 1, 51-502 Wrocław. Wykonawca wskazywał, że posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ w związku z unieważnieniem postępowania zdaniem wykonawcy Zamawiający powtórzy wszystkie czynności w zakresie udzielenia zamówienia, gdzie wykonawca Teco Sp. z o.o. będzie mógł ponownie wziąć udział w przetargu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania może natomiast uniemożliwić Teco Sp. z o.o. ponowne przystąpienie do postępowania.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w odwołaniu wykonawca Teco sp. z o.o. podnosił, że należy je uznać za niezasadne. Zdaniem Teco sp. z o.o. Odwołujący w sposób nieuprawniony twierdzi, iż złożył w przepisanej ustawą Pzp terminie wadium w formie gwarancji bankowej, jako formy dopuszczonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Kwestionowana gwarancja zapłaty wadium wystawiona przez Danske Bank A/S z siedzibą w Kopenhadze działający w Polsce poprzez Danske Bank A/S Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, na zlecenie nie odpowiada wymogom wskazanym w SIWZ, a w konsekwencji Zamawiający był uprawniony, a zarazem zobowiązany w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Powyższe wynika zdaniem Teco sp. z o.o. z następujących okoliczności.

Zgodnie z treścią gwarancji wadialnej Odwołującego *„My, Danske Bank A/S z siedzibą w Kopenhadze (...) działający w Polsce poprzez Danske Bank A/S Spółka Akcyjna Oddział w Polsce (...) zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do maksymalnej wysokości: 200.000,00 PLN (słownie dwieście tysięcy złotych) po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania Zamawiającego, zawierającego oświadczenia, że Wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- *odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub*
- *nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub*
- *zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.*

Tak udzielona gwarancja wadialna nie spełnia warunków określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Powołany wyżej zapis zamieszczony w gwarancji wadialnej Odwołującego nie zawiera bowiem wymaganych wyrażen takich, jak *„w sprawie zamówienia publicznego”* oraz *„wymaganego”*. Prawidłowe zapisy powinny brzmieć:

- 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.

Ponadto w treści gwarancji wadialnej Odwołującego brak jest zobowiązania Gwaranta, tj. Banku do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia każdej kwoty do maksymalnej wysokości 200.000,00 PLN po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a co za tym idzie gwarancja wadialna Odwołującego nie zabezpiecza Zamawiającego, a powinna, w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Kolejne zdanie w gwarancji wadialnej Odwołującego - *„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, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”*, zostało bowiem zapisane w całkowitym oderwaniu od nieodwołalnego i bezwarunkowego zobowiązania ww. Banku do zapłacenia kwoty maksymalnej 200.000,00 PLN, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Tym samym gwarancja wadialna Odwołującego, mimo że zgodnie z SIWZ i ustawą Pzp powinna, nie wskazuje, że Zamawiający ma nieodwołalne i bezwarunkowe prawo do wypłaty wskazanej w gwarancji kwoty z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem któregośkolwiek z przypadków określonych w ustawie Pzp. Uznawał zatem, że takie określenie gwarancji nie daje Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania wadium w żadnym przypadku określonym w ustawie Pzp, a więc zarówno w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Wykonawca Teco sp. z o.o. przywoływał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 859/09): *„Decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione, jest ustalenie, po pierwsze, czy dokument został prawidłowo wystawiony i dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji ubezpieczeniowej zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji”*. Analizując powyższe, wykonawca Teco sp. z o.o. wskazywał, że należy dojść do wniosku, że w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niewniesienia przez Odwołującego wadium w terminie składania ofert, wadium nie zostało w ogóle wniesione przez Odwołującego. Z kolei zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. (sygn. akt XII Ga 350/09): *„Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o*

udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p.”.

Kolejnym uchybieniem w treści gwarancji wadialnej Odwołującego jest wskazanie błędnego kodu pocztowego w adresie Beneficjenta, tj. Zamawiającego. Został bowiem wpisany kod pocztowy „19-100” zamiast „19-300”. Może to stanowić również odmowę lub co najmniej stwierdzenie przez Bank istotnych utrudnień wypłaty na rzecz Zamawiającego wadium, w związku z niezgodnością pomiędzy treścią gwarancji a rzeczywistym stanem faktycznym.

W opinii Teco sp. z o.o. w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym, złożona przez Odwołującego gwarancja wadialna nie została prawidłowo wystawiona, a co za tym idzie uznać należy, że wadium nie zostało w ogóle wniesione. Zasadnym było zatem dokonanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp odrzucenie oferty Odwołującego, a następnie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z nie złożeniem żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, wykonawca Teco sp. z o.o. uznawał, że wszystkie zarzuty wskazane przez Odwołującego są bezpodstawne, a co za tym idzie, odwołanie zasługuje na oddalenie.

W dniu 8 listopada 2010 r. faxem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło uzupełnienie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, do którego załączone zostało pełnomocnictwo dla Pana Wiktora W. podpisującego zgłoszenie przystąpienia wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej również w dniu 8 listopada 2010 r.

W dniu 17 listopada 2010 r. przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu wskazywał, że analizując załączoną do oferty Odwołującego gwarancję wadialną, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do jej treści z uwagi na zakres okoliczności, w których Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp. Stanowisko Zamawiającego przyjęte zostało w oparciu o zasadę zaufania do państwowych organów orzekających, mając przy tym na

uwadze orzeczenie zapadłe w przedmiotowym postępowaniu w wyroku KIO z dnia 12 października 2010r. sygn. akt KIO/2115/10, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *brak jednoznacznego zapisu obejmującego zobowiązanie do wypłaty we wszystkich wypadkach określonych ustawą Pzp prowadzi do wniosku o niezabezpieczeniu oferty wadium, a błąd taki zważywszy na konieczność oceny dokumentu na moment jego złożenia wraz z ofertą nie pozwala na uzupełnianie, także w ramach autointerpretacji gwaranta.* Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą zapisu gwarancji:

„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 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.”

Wprawdzie zapis ten stanowi dosłowne powtórzenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jednakże w treści oświadczenia gwaranta brak jest związania tego zapisu z wyżej zawartym bezpośrednim zobowiązaniem gwaranta do wypłaty wadium w wymienionych sytuacjach:

- odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Mimo, iż wskazany i kwestionowany zapis jest potwierdzeniem prawa Zamawiającego do zatrzymania wadium, to jednak z jego literalnego brzmienia i porównania obu wskazanych zapisów nie wynika, że zaistniała w nim sytuacja obliguje gwaranta do wypłacenia kwoty wadium.

Zamawiający podkreślał, że należy mieć na uwadze, iż funkcją wadium jest stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy. Na gruncie ustawy Pzp wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ. Dysponowaniem wadium przez zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, jest możliwość żądania zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości zabezpieczeniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 757/09). Podnosił, że 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. Z abstrakcyjnego charakteru zobowiązania gwaranta wywodzona jest także w orzecznictwie niedopuszczalność powoływania się przez gwaranta na zarzuty wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem

gwarancji a zleceniodawcą (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135). Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie zapadły w dniu 13 listopada 2009r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 350/09, w myśl którego (...) gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...). Podobnie Izba w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 575/09 i KIO/UZP595/09) uznała, że: *„Gwarancja ubezpieczeniowa jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, dokonaną przez gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, zatem wbrew twierdzeniom odwołującego się, brak ustawowej regulacji treści gwarancji ubezpieczeniowej nie prowadzi do dowolności interpretacyjnej. Decydujące znaczenie ma literalna treść gwarancji, która de lege lata powinna przewidywać sytuacje określone zarówno w art.46 ust.5 Pzp, jak i w art.46 ust.4a Pzp. Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przywołanych przepisów. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji zgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych nie była kwestionowana*”. Także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 202/09) orzekła, że *„treść ww. gwarancji wskazuje jednoznacznie, iż zobowiązanie gwaranta obejmuje jedynie wystąpienie okoliczności, o których mowa w art.46 ust.5 ustawy. Pomimo ogólnego wstępu czy punktu 1 dokumentu odnoszących zakres gwarancji do wszystkich zobowiązań wynikających z SIWZ, a tym samym (...) do zabezpieczenia roszczeń wynikających z ustawy, o treści, a tym samym zakresie wymagalnego zobowiązania gwaranta przesądzą dalsze postanowienia dokumentu. To właśnie te postanowienia wypełniają gwarancję normatywną treścią, decydują o realnym zakresie gwarancji i przesądzą o rzeczywistych możliwościach beneficjenta gwarancji, co do uzyskania sumy gwarancyjnej ze względu na wystąpienie wskazanych w gwarancji okoliczności. Bank-gwarant w cytowanym pkt 4 gwarancji wskazuje wyraźnie, jak i kiedy wypłaci sumę gwarancyjną enumeratywnie wymieniając przypadki naruszenia zobowiązań przez wykonawców, które uprawniają do przedłożenia pisemnego żądania zapłaty”*.

W świetle powyższej argumentacji wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również wyjaśnienia złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przez wykonawcę Teco sp. z o.o. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca otrzymał wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania w dniu 3 listopada 2010 r., co zostało przez niego potwierdzone (potwierdzenie w aktach sprawy), natomiast zgłoszenie przystąpienia w wymaganej formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2010 r. Izba podnosi, iż z uwagi na jednoznaczny ustawowy wymóg formy pisemnej dla zgłoszenia przystąpienia (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) nie można uznać za skuteczne wniesienie przystąpienia mailem, co wykonawca Teco sp. z o.o. uczynił w dniu 5 listopada 2010 r. Ponadto Izba podzieliła argumentację zawartą w opozycji wniesionej przez Odwołującego w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, iż wykonawca Teco z o.o. jako skutecznie wykluczony z postępowania (nie złożył odwołania od czynności wykluczenia dokonanej w dniu 29 października 2010 r.) nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego skutkującego podtrzymaniem decyzji o unieważnieniu postępowania. Interes, który winien wykazać, nie może dotyczyć hipotetycznego udziału w ewentualnym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, lecz jego pozycji w przetargu, do którego odnosi się postępowanie odwoławcze.

W ocenie Izby Odwołujący spełnił wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż gwarancja wadialna nr G/144/464/2010/Z z dnia 7 września 2010 r. jest nieprawidłowa, ponieważ zakresem zobowiązania gwaranta – Banku nie został w sposób jednoznaczny objęty przypadek zatrzymania wadium, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt IX SIWZ określił wymagania dotyczące wadium. W pkt IX ppkt 1 wskazał, że każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 200.000 zł. Z kolei ppkt 2 określał formę wadium, wymieniając m.in. gwarancję bankową. SIWZ nie przewidywała żadnych szczególnych wymogów co do wadium składanego w formie gwarancji bankowej. W ppkt 5 określono, iż utrata wadium następuje w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp, w szczególności art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył gwarancję bankową – gwarancję wadialną nr G/144/464/2010/Z na kwotę 200.000 zł. W treści gwarancji wskazano, że: *“Niniejsza gwarancja bankowa („Gwarancja”)*

została wystawiona na zlecenie Per Aarsleff Polska sp. z o.o. (...) („Wykonawca”) w związku ze złożeniem przez Wykonawcę oferty przetargowej na wykonanie zadania pn.: Przebudowa kolektorów sanitarnych wschodniej części miasta Ełk (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz art. 39-46 ustawy Pzp, organizowanego przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (...) („Zamawiający”). Niniejsza Gwarancja stanowi zabezpieczenie wadium w przetargu na rzecz Zamawiającego. (...) My, Danske Bank A/S (...) działający w Polsce poprzez Danske A/S Spółka Akcyjna Oddział w Polsce (...) („Bank”) zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do maksymalnej wysokości 200.000 zł (słownie dwieście tysięcy złotych) po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania Zamawiającego, zawierającego oświadczenie, że Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub*
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub*
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

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, lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Dalsza część gwarancji wskazuje na sposób potwierdzenia autentyczności podpisów, pomniejszenie zobowiązania z gwarancji o kwotę każdej płatności dokonanej w wyniku realizacji roszczenia z gwarancji, określa terminy ważności gwarancji, sposób realizacji roszczenia, zwrotu gwarancji, poddanie jej prawu polskiemu i jurysdykcji sądów polskich oraz zakaz przeniesienia praw i wierzytelności bez uprzedniej zgody Banku.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 października 2010 r. – ogłoszenie o unieważnieniu postępowania przetargowego - poinformował Odwołującego, iż po ponownym badaniu jego oferty, komisja przetargowa, mając na względzie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r. sygn. akt KIO/2115/2010, uznała gwarancję za niegodną z przepisami i tym samym stwierdziła brak zabezpieczenia oferty Odwołującego, co skutkowało wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Równocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Izba uznaje w tym zakresie zasadność stanowiska Zamawiającego, iż z zapisu gwarancji *„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, lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”* nie wynika w sposób jednoznaczny i niewątpliwy, iż powyżej określony przypadek jest objęty treścią zobowiązania gwaranta do wypłaty wadium. Wprawdzie stanowi on powtórzenie regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jednak w treści gwarancji brak jest powiązania tego przypadku z zobowiązaniem gwaranta do wypłaty wadium zawartym bezpośrednio w treści gwarancji powyżej.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r., Nr 91, poz. 665, z późn. zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek precyzyjnego wskazania przypadków, w których gwarant ma obowiązek świadczyć na rzecz beneficjenta. Obowiązek ten stanowi konsekwencję abstrakcyjnego charakteru zobowiązania wypływającego z gwarancji bankowej. Należy też podkreślić, iż szczególnego znaczenia powyższy obowiązek nabiera w przypadku tzw. gwarancji płatnych na pierwsze żądanie (bezwarunkowych) (z treści przedmiotowej gwarancji wynika, iż gwarancja Odwołującego ma taki charakter), gdzie warunkiem zapłaty jest samo zgłoszenie żądania zapłaty zawierającego stosowane oświadczenie beneficjenta gwarancji. Bank gwarant nie jest wówczas uprawniony do badania merytorycznej zasadności żądania zapłaty. Odpowiedzialność gwaranta jest całkowicie oderwana od stosunku podstawowego, a gwarantowi przysługują przede wszystkim zarzuty formalne, dotyczące np. niewłaściwej reprezentacji, bądź oparte na treści oświadczenia gwarancyjnego. Jeśli żądanie zapłaty zostanie zgłoszone w odpowiedniej formie i o treści określonej w dokumencie gwarancji oraz w czasie jej ważności, bank jest zobowiązany do wypłaty tzw. sumy gwarancyjnej (*„Jak w praktyce funkcjonuje zabezpieczenie udzielone w formie gwarancji bezwarunkowej?” J. Chałas „Gazeta Prawna” z 15 grudnia 2009 r.*).

Ponadto konieczność dokładnego określenia okoliczności skutkujących zobowiązaniem do wypłaty świadczenia wynika również z charakteru wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie Zamawiającego i musi

być skuteczne (tak wyrok Sądu Okręgowego z 15 listopada 2009 r. sygn. akt XII Ga 350/09). O skuteczności wadium można natomiast mówić wówczas, gdy Zamawiający ma możliwość dysponowania wadium, przy czym dysponowanie wadium w postaci gwarancji bankowej polega na możliwości żądania zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości zabezpieczenia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 757/2009). Możliwość dysponowania musi być pewna i wynikać z jednoznacznych zapisów w treści gwarancji bankowej. Tym samym określenie warunków realizacji zobowiązań gwarancyjnych musi być na tyle precyzyjne, jasne i jednoznaczne, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji zgodnego z przepisami ustawy Pzp nie była kwestionowana (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 maja 2009 r. KIO/UZP 575/09, KIO/UZP 595/09). W przedmiotowej sprawie nie można natomiast uznać, iż wymogi te zostały spełnione.

W treści gwarancji wyraźnie i jednoznacznie zawarto zobowiązanie Banku do wypłaty każdej kwoty do maksymalnej wysokości 200.000 zł po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że Wykonawca (Odwołujący), którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Gwarancja przewidziała zatem w tych przypadkach zarówno wyraźne zobowiązanie, jak i zasady jego realizacji w odniesieniu do przesłanek, które wyczerpują dyspozycję art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Analogicznego zobowiązania i zasad jego realizacji nie przewidziano natomiast w odniesieniu do przypadku zawartego w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, którego treść została jedynie przywołana w treści gwarancji. Treść gwarancji nie wskazuje zatem, w jaki sposób Zamawiający miałby wykonać swoje uprawnienie do zatrzymania wadium, które w zakresie gwarancji bankowej polega przecież na wypłacie określonej sumy pieniężnej przez gwaranta, w szczególności czy i w tym zakresie wypłata wadium następuje jedynie na podstawie żądania Zamawiającego.

Ponadto gwarancja w swojej treści nie posługuje się sformułowaniem, iż zobowiązaniem gwaranta – Banku do wypłaty objęte są przypadki zatrzymania wadium określone w ustawie Pzp. Dotyczy to także okoliczności wyraźnie w niej wymienionych. Gwarancja wskazuje bowiem konkretne przypadki, w których na podstawie oświadczenia Zamawiającego Bank wypłaci roszczenie do maksymalnej kwoty 200.000 zł, które to przypadki pokrywają się z przesłankami zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Jednak w treści gwarancji brak jest wskazania, iż są to przypadki zatrzymania wadium czy odwołania do art. 46 ust. 5

ustawy Pzp. Tym samym nie można przyjąć, iż samo powtórzenie brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zawierającego uprawnienie (i obowiązek) Zamawiającego zatrzymania wadium w okolicznościach tam określonych, wystarczy dla uznania, iż również ten przypadek objęty został zobowiązaniem gwaranta realizowanym w drodze wystosowania do gwaranta – Banku oświadczenia przez Zamawiającego w sposób określony w gwarancji. Powyższe, w ocenie Izby, stanowiłoby zbyt daleko idącą interpretację treści dokumentu gwarancji, prowadzącą do uzupełnienia go o treść, która nie została w nim zawarta. Zamawiający nie ma zatem pewności, iż w sytuacji uregulowanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jego żądanie wypłaty wadium, dokonane analogicznie do procedury przewidzianej literalnie w treści gwarancji dla innych przypadków zobowiązania gwaranta do wypłaty, byłoby skuteczne.

Uwzględniając powyżej przedstawiony pogląd, Izba podziela także stanowisko Zamawiającego odnośnie interpretacji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r. sygn. akt KIO/2115/2010 r. przedstawione w odpowiedzi na odwołanie (str. 2), tj. iż dokument gwarancyjny winien jednoznacznie wskazywać zobowiązanie gwaranta do wypłaty we wszystkich przypadkach określonych ustawą Pzp, a brak w tym zakresie prowadzi do wniosku o nieprawidłowym zabezpieczeniu wadium. Błąd ten nie może być następnie uzupełniany, również w ramach autointerpretacji dokonanej przez gwaranta, ponieważ dokument gwarancji jest oceniany na dzień jego złożenia wraz z ofertą. Późniejsze oświadczenia gwaranta nie mogą zatem konwalidować nieprawidłowości dokumentu gwarancyjnego. Należy wskazać, iż w przypadku gwarancji Odwołującego gwarant-Bank nie składał żadnych oświadczeń mających na celu wyjaśnienie treści gwarancji, stąd stanowisko Zamawiającego winno być rozpatrywane przede wszystkim w kontekście obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego objęcia zobowiązaniem gwaranta – Banku do wypłaty wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp. Zobowiązanie takie nie może być w ocenie Izby wyinterpretowywane wbrew literalnym zapisom dokumentu gwarancji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż zawarte w treści gwarancji wadialnej stwierdzenie, iż została ona wystawiona na zlecenie Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz art. 39-46 ustawy Pzp wystarczy dla uznania, iż obejmuje ona wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp jest niezasadne. Izba zgadza się w tej mierze z Zamawiającym, że jedynie ogólne odwołanie się do przepisów ustawy Pzp nie wystarczy dla przyjęcia skuteczności zobowiązania gwaranta – Banku. Konieczne jest bowiem wyraźne i jednoznaczne określenie zakresu zobowiązania gwaranta – Banku poprzez wskazanie przypadków, gdy zobowiązuje się on do realizacji

roszczenia z tytułu gwarancji. Oczywiście treść gwarancji może, choć nie musi, posługiwać się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp i nie decyduje to o jej skuteczności, o ile jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia.

Ponadto Izba podkreśla, iż przedstawiona przez Odwołującego powyższa wykładnia treści gwarancji w ocenie Izby pozostaje w sprzeczności z jej literalnym brzmieniem, ponieważ sformułowanie „zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz art. 39-46 ustawy pzp” odnosi się do zasad i przepisów według których prowadzone jest postępowanie o zamówienie, tj. trybu przetargu nieograniczonego (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp określa, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zaś art. 39-46 ustawy Pzp reguluje problematykę przetargu nieograniczonego), a nie wystawienia samej gwarancji. Podobnie nie jest wystarczające odwołanie się do sformułowania o celu wystawienia gwarancji, tj. iż rzeczona gwarancja wadium stanowi zabezpieczenie wadium w przedmiotowym przetargu. Nie zawiera bowiem kluczowego i niezbędnego dla skuteczności gwarancji zobowiązania gwaranta – Banku do wypłaty roszczenia.

Ponadto Izba podnosi, iż, wbrew stanowisku Odwołującego, w przywoływanym przez Odwołującego wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15 lutego 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-381/06 na potwierdzenie, że podobna gwarancja była uznana przez Zespół Arbitrów za prawidłową, stan faktyczny był odmienny od rozważanego w niniejszej sprawie. W powyższej sprawie z treści gwarancji wynikało bowiem, iż zapłata „*nastąpi po otrzymaniu od Was pisemnego żądania zawierającego Wasze oświadczenie, że wystąpiła jedna z przesłanek (ze wskazaniem która) utraty wadium przez oferenta wymieniona w Kodeksie cywilnym, Ustawie Prawo Zamówień Publicznych lub w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wydanych dla przedmiotowego zamówienia*”. Zarzuty nie dotyczyły zatem okoliczności, czy wszystkie przypadki utraty wadium określone ustawą Pzp były objęte zobowiązaniem gwaranta (było bezsporne, że tak), lecz kwestii realizacji roszczeń z gwarancji i niekonsekwencja w posługiwaniu się w jej treści sformułowaniem „oferent”, „zleceniodawca”. Ustalenia zawarte w tymże wyroku nie mogą więc stanowić w żadnej mierze argumentu na poparcie tezy o prawidłowości gwarancji wadium złożonej przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Odnosnie natomiast podnoszonej przez Odwołującego okoliczności co do braku konkretyzacji w piśmie Zamawiającego z dnia 29 października 2010 r. zarzutu odnośnie gwarancji wadium złożonej przez Odwołującego, Izba wskazuje, iż w treści odwołania nie sformułował on formalnego zarzutu naruszenia określonej regulacji prawnej ustawy Pzp w

tym zakresie. W odwołaniu ograniczył się jedynie do wskazania, iż brak takiej konkretyzacji skutkuje trudnością w prowadzeniu polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Tym samym zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie jest uprawniona do orzekania w tym przedmiocie. Jedynie na marginesie zatem Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego można podzielić. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego poprzez odwołanie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r. sygn. akt KIO/2115/2010 zapadłego w tym postępowaniu wraz z lakonicznym wskazaniem, iż gwarancja wadialna Odwołującego jest niezgodna z przepisami i nie zabezpiecza oferty Odwołującego, nie stanowi z pewnością wykonania obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego. Rzeczywiście z treści ww. wynikało, iż nieprawidłowość gwarancji wykonawcy Teco sp. z o.o. polegała na nieobjęciu zakresem zobowiązania gwaranta wszystkich przypadków zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, co, w kontekście treści gwarancji Odwołującego, pozwalało uznać, iż taki sam zarzut Zamawiający stawia dokumentowi gwarancyjnemu przedłożonemu przez Odwołującego. Jednak treść obu gwarancji nie była tożsama, a zatem i stan faktyczny w obu sprawach należało uznać za odmienny i wymagający odrębnego i bardziej wyczerpującego uzasadnienia. Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania.

W związku z brakiem stwierdzenia zarzucanych naruszeń na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 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), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący

.....

