

WYROK
z dnia 4 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **ContiTech Transportbandsysteme GmbH, Breslauer Str. 14, 37154 Northeim** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **Sempertrans Bełchatów Sp. z o.o., ul. Transportowa 5, 97-427 Rogowiec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ContiTech Transportbandsysteme GmbH, Breslauer Str. 14, 37154 Northeim** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ContiTech Transportbandsysteme GmbH, Breslauer Str. 14, 37154 Northeim,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **ContiTech Transportbandsysteme GmbH, Breslauer Str. 14, 37154 Northeim** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę taśm przENOŚnikowych dla Oddziałów Spółki PGE GiEK S.A. na lata 2015/2016*, prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z Bełchatowa (dalej „zamawiający”) wykonawca ContiTech Transportbandsysteme GmbH (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec błędnego ustalenia przez zamawiającego, że z treści gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i uznania, że jest to sytuacja równoważna niezłożeniu wadium.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] oraz pkt. 8.7 SIWZ, ponieważ przedłożona gwarancja bankowa w pełni spełnia wymagania określone tymi przepisami.

Odwołujący podał, że w pkt. 8.7. SIWZ zamawiający określił warunki gwarancji bankowej jako nieodwoalną i bezwarunkową oraz płatną na pierwsze żądanie. Podkreślił, że żadnych innych warunków gwarancji bankowej SIWZ nie precyzuje. Dodał, że zamawiający nie dołączył do SIWZ wzoru gwarancji, której treści by oczekiwał.

Stanął na stanowisku, że również w sytuacji wskazania przez zamawiającego wzoru gwarancji treść gwarancji bankowej uzyskanej przez odwołującego ma drugorzędne znaczenie, albowiem nie musi być ona literalnie taka sama, ale powinna obejmować podstawowe elementy gwarancji bankowej.

Odwołujący wskazał, że stanowisko to poparte jest Uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 16 kwietnia 1993r. IIICZP 16/93 (OSNCP 1993, Nr 10 poz.166), gdzie stwierdza się, że gwarancja – aby kreowała zobowiązanie abstrakcyjne, oderwane od stosunku podstawowego, nieakcesoryjne – powinna zawierać co najmniej wskazanie, że ma ona charakter bezwarunkowy, nieodwoalny, a suma gwarancyjna jest płatna na pierwsze żądanie, bądź też wywiedzenie tych cech gwarancji powinno być możliwe na podstawie niewątpliwej treści samej gwarancji.

Ocenił, że wszystkie te cechy zawiera udzielona gwarancja bankowa.

Nadto odwołujący podniósł, że skoro ustawa Pzp i SIWZ nie określają szczegółowo warunków gwarancji bankowej, to zastosowanie mają przepisy Prawa bankowego.

Zdaniem odwołującego w jego sytuacji mamy do czynienia właśnie z taką gwarancją bankową, udzieloną zagranicznemu podmiotowi przez zagraniczny bank.

Stwierdził, że modyfikacja treści gwarancji bankowych jest w tym przypadku całkowicie dopuszczalna, przy zachowaniu jej podstawowych elementów prawnych, a postępowanie zamawiającego jest jawnym dyskryminowaniem podmiotów zagranicznych, działających w ramach jednej struktury Unii Europejskiej.

Podkreślił, że zamawiający, pismem z 25.02.2015 r., zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia i uzupełnienia oferty przetargowej, warunkując tym samym potwierdzenie udziału przez odwołującego w postępowaniu przetargowym – w tym czasie zamawiający znał treść gwarancji bankowej i nie kwestionował jej.

Odwołujący stwierdził, że treść udzielonej przez Deutsche Bank gwarancji jest tożsama ze stawianymi przez ustawę Pzp i SIWZ warunkami.

Wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty podał, że przedłożona gwarancja bankowa nie zawiera oświadczenia o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium wskazane w ustawie Pzp, gdy tymczasem gwarant zobowiązał się do nieodwołalnej wypłaty, w trybie niezwłocznym, na pierwsze żądanie zamawiającego na warunkach określonych w pkt a, b i c czyli – uznał odwołujący – na warunkach określonych w ustawie Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował tych warunków i nie podał żadnych przypadków, których gwarancja miałaby nie obejmować, co oznacza że zarzut jest gołosłowny, nie poparty żadną argumentacją i dowodami, rażąco sprzeczny z treścią samej gwarancji.

Podkreślił, że to odwołujący się złożył najkorzystniejszą pod każdym względem ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylecia jego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczeniu go z postępowania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownie oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a nadto wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 24 kwietnia 2015 r., stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie – pismo z dnia 29 kwietnia 2015 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu błędnego ustalenia przez zamawiającego, że z treści gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do „otrzymania wadium” określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i uznania tym samym, że jest to sytuacja równoważna niezłożeniu wadium nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 1.1.3. *Informacje ogólne* specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), opracowanej przez zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: *„Ilekroć w niniejszej specyfikacji istotnych warunków Zamówienia lub załącznikach stanowiących jej integralną część jest mowa o: (...) „Ustawie” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 – tekst jednolity ze zm.) zwaną dalej „Ustawą”.*

W pkt. 8.7. SIWZ zamawiający zażądał: *„Wadium złożone w formie innej niż pieniężna musi w swojej treści zawierać oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w Ustawie. Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie”.*

W toku postępowania, udzielając wyjaśnień treści SIWZ i modyfikując jej treść – pismami z dnia 29 grudnia 2014 r., 9 i 14 stycznia 2015 r., zamawiający nie zmienił swoich ww. wymagań co do wadium (zmienił jedynie przewidziany pierwotny termin składania i otwarcia ofert, tj. 19.01.2015 r.). Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 29 stycznia 2015 r.

Zamawiający dopuścił składania ofert częściowych – na jedną, kilka lub wszystkie części (pkt 3.7. SIWZ). Odwołujący złożył ofertę w częściach XVIII-XXVI (str. 6 i 7 oferty).

Odwołujący wniósł wadium w formie niepieniężnej, tj. złożył dwa dokumenty gwarancyjne: Gwarancję przetargową nr 670BGI1500031 oraz nr 670BGI1500078, a nadto zmianę nr 1 do gwarancji nr 670BGI1500031 (zmiana daty wygaśnięcia gwarancji na dzień 31 maja 2015 r.) – w których gwarantem jest Deutsche Bank z siedzibą w Hanowerze (D-30159 Hanower, Georgsplatz 20).

Zgodnie z treścią obu złożonych przez odwołującego gwarancji bank zobowiązał się nieodwołalnie wypłacić zamawiającemu (zidentyfikowanemu jako PGE Polskie Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.) na jego pierwsze żądanie zapłatę wskazanej kwoty, zakładając, że żądanie zapłaty będzie zawierało pisemne oświadczenie zamawiającego:

- „a) że Zleceniodawca naruszył swój/swoje zobowiązanie/zobowiązania określone w warunkach oferty,
- b) jaki charakter ma naruszenie Zleceniodawcy, oraz
- c) że zobowiązanie/zobowiązania, które naruszył Zleceniodawca, jest/są zabezpieczone niniejszą gwarancją”.

W toku postępowania zamawiający wzywał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę oraz do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych (pismo z dnia 3 marca 2015 r.). Na wezwanie to odwołujący odpowiedział, składając pismo z dnia 9 marca 2015 r. wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w następstwie wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób: *„Zgodnie z treścią pkt 8.7. SIWZ „wadium złożone w formie innej niż pieniężna musi w swojej treści zawierać oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w Ustawie”. Wymóg ten koresponduje z Ustawą, która w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 wskazuje na wypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium. Zamawiający określił, więc wyraźnie w SIWZ, co powinno stanowić obligatoryjny element wadium wnoszonego w innej formie niż pieniężna, a mianowicie wyraźne oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium wskazane w Ustawie. Przedłożona przez Wykonawcę gwarancja nie zawiera tego elementu. Z treści gwarancji bankowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy, zatem taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium”.*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na aprobatę zasługuje stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2015 r. w szczególności co do tego, że „w przypadku wadium wnoszonego (...) w formie gwarancji bankowej (...), konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności ziszczenia się gwarancji, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej kwoty pieniężnej (...) Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, jakim jest stosunek przetargowy, stąd treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z jej brzmienia”.

Skład orzekający Izby wskazuje przy tym, że opisanie zabezpieczonego rezultatu w treści gwarancji bankowej może nastąpić w różny sposób i nie musi polegać na zacytowaniu okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Istotne jest jednak to (co podnosił także zamawiający), aby opis ten nie budził wątpliwości, nie powodując niepewności zamawiającego co do możliwości zaspokojenia się z wadium.

Zestawienie treści pkt. 1.1.3. oraz 8.4. SIWZ prowadzić musi do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nałożył na wykonawców zabezpieczających swoją ofertę w formie innej niż pieniężna, a zatem także w formie gwarancji bankowej, obowiązek ujęcia w treści dokumentu gwarancji oświadczenia o odpowiedzialności gwaranta w przypadku wystąpienia wszystkich przewidzianych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp okoliczności, tj.:

1. jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp),
2. jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp),
3. jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp),
4. jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp).

Skoro bowiem wskazana w pkt. 8.4. SIWZ „Ustawa” to – jak wskazał zamawiający w pkt. 1.1.3 SIWZ – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, to zaś przypadki powodujące zatrzymanie wadium przez zamawiającego wskazuje w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, to uznać należy, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zażądał ujęcia w treści gwarancji bankowej oświadczenia gwaranta co do jego odpowiedzialności za wszystkie ww. przypadki z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Podnieść przy tym należy, że opisanie wymogów co do treści gwarancji bankowej, poprzez sformułowanie „*musi w swojej treści zawierać oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w Ustawie*” jest wystarczająco precyzyjne – powielanie w treści SIWZ uregulowań powszechnie obowiązującego prawa (tu: ustawy Prawo zamówień publicznych), do którego dostęp nie następuje żadnych trudności, nie jest niezbędne.

Postanowienia SIWZ nie dają zatem podstaw, aby twierdzić (odwołanie str. 2), że SIWZ nie precyzuje żadnych innych warunków gwarancji bankowej, poza tymi, iż ma to być gwarancja nieodwołalna, bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie. Przeciwnie, warunki te w sposób wystarczająco precyzyjny zostały podane przez zamawiającego w pkt. 8.4. SIWZ

Jak się wydaje, odwołujący, nie znajdując w postanowieniach SIWZ w szczególności w pkt. 8.4. SIWZ treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp – powielenia tych przepisów, błędnie przyjął, że zamawiający nie podał „*szczegółowych warunków gwarancji bankowej*” innych niż te, które zostały wskazane przez zamawiającego wprost w tym punkcie (gwarancja nieodwołalna, bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie) i przyjął, że zastosowanie znajdują tu jedynie przepisy Prawa bankowego (nie wskazał przy tym, czy chodzi o przepisy prawa polskiego).

Twierdząc, że „*Ustawa i SIWZ nie określają szczegółowych warunków gwarancji bankowej*”, wobec czego zastosowanie znajdują przepisy Prawa bankowego, które wymagają, aby gwarancja obejmowała „*podstawowe elementy*”, do których odwołujący zaliczył – bezwarunkowość, nieodwołalność i płatność na pierwsze żądanie, a cechy te ma gwarancja złożona przez odwołującego, odwołujący uznał, że „*treść udzielonej przez Deutsche Bank gwarancji jest tożsama ze stawianymi przez Ustawę i SIWZ warunkami*”.

Jednocześnie, pomimo negacji istnienia „*szczegółowych warunków gwarancji bankowej*” w ustawie Pzp odwołujący twierdził, że złożona przez niego gwarancja bankowa, ponieważ została udzielona na warunkach określonych w lit. a-c, została złożona na warunkach określonych w ustawie Pzp (odwołujący wskazał: „*Zamawiający w uzasadnieniu*

faktycznym wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty podaje, że przedłożona gwarancja bankowa nie zawiera oświadczenia o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium wskazane w Ustawie. Tymczasem gwarant zobowiązuje się do nieodwołalnej wypłaty, w trybie niezwłocznym na pierwsze żądanie Zamawiającego na warunkach określonych w pkt a, b i c czyli na warunkach określonych w Ustawie. Nadto Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje tych warunków i nie podaje żadnych przypadków, których gwarancja miałaby nie obejmować” – str. 2 odwołania, trzy ostatnie akapity).

Odwołujący w żaden jednak sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób możliwe jest adekwatne przypisanie trzech warunków określonych w lit. a-c złożonej przez niego gwarancji do czterech przypadków zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Jedynie tytułem przykładu podnieść należy, że „warunek z lit. a” gwarancji – „Zleceniodawca naruszył swój/swoje zobowiązanie/zobowiązania określone w warunkach oferty” w żaden sposób nie referuje do przypadku zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp – „Zamawiający zatrzymuje wadium (..), jeżeli (...) 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Z oferty, jak trafnie wskazywał odwołujący, wynika bowiem „jedynie zobowiązanie Odwołującego do dostarczenia Zamawiającemu asortymentu ze wskazanych części zamówienia w określonym terminie i po określonej cenie, do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w SIWZ oraz do udzielenia 3-letniej gwarancji na przedmiot zamówienia od dnia jego dostawy” (str. 4 odpowiedzi na odwołanie).

Tym bardziej „warunki z lit. b i c” gwarancji (oświadczenie beneficjenta w żądaniu zapłaty „jaki charakter ma naruszenie Zleceniodawcy” oraz oświadczenie beneficjenta „że zobowiązanie/zobowiązania, które naruszył Zleceniodawca, jest/są zabezpieczone niniejszą gwarancją i w związku z tym są Państwo uprawnieni do żądania płatności do wysokości określonej w treści żądania”) nie referują do przypadku z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentu odwołującego w zakresie uzasadnienia wadliwości złożonej przez niego gwarancji – iż zamawiający w żaden sposób nie precyzuje tych warunków i nie podaje żadnych przypadków, których gwarancja miałaby nie obejmować to przypomnieć należy, że „szczegółowe warunki gwarancji bankowej” zostały przez zamawiającego w sposób wystarczająco precyzyjny wskazane w pkt. 8.4. SIWZ, o czym była mowa powyżej, a skoro zamawiający uznał, że złożona przez odwołującego gwarancja bankowa nie zawiera elementu w postaci „wyraźnego oświadczenia o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium wskazanego

w *Ustawie*”, to ich „podawanie”, jak oczekiwał tego odwołujący, było zbędne (wskazanie takie byłoby konieczne, gdyby zamawiający uznał, że gwarancja obejmuje jeden, dwa lub trzy z czterech przypadków zatrzymania wadium, o których mowa w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp – nic takiego nie wynika jednak z uzasadnienia o odrzuceniu oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego).

Odnosząc się do argumentu odwołującego, iż zamawiający w momencie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty (pełnomocnictwa oraz tzw. dokumentów podmiotowych) znał treść złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej, a mimo to jej nie kwestionował, skład orzekający Izby wskazuje, że takie działanie zamawiającego było nieuzasadnione (wzywaniu czy to do uzupełnienia dokumentów, do wyjaśnienia ich treści, czy też do złożenia wyjaśnień co do treści oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu), jednak niezależnie od tego, czy wadliwość złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej została dostrzeżona przez zamawiającego przed czy dopiero po wezwaniu skierowanym do odwołującego, to – wobec nałożonego na zamawiającego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą – błędna czynność zamawiającego (wezwanie) nie znosi ustawowego obowiązku zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty (nie zwalnia zamawiającego z obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego, który wadliwe wadium złożył).

Odnosząc się do oświadczenia odwołującego złożonego na rozprawie, iż *„regularnie bierze udział w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez zamawiających w Polsce i w toku tych postępowania zabezpiecza składane przez siebie oferty gwarancjami, których treść nie odbiega od tej, która została złożona w przedmiotowym postępowaniu”* skład orzekający Izby wskazuje, że nawet gdyby przyjąć, że tak właśnie jest (twierdzenie odwołującego było gołosłowne), więcej nawet – gdyby jednym z tych zamawiających była spółka PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. to taka okoliczność – jako dotycząca działań zamawiającego w innym postępowaniu – pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia co do zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu.

W toku rozprawy przystępujący stanął na stanowisku, że *„złożona przez odwołującego gwarancja dawałaby zamawiającemu co najwyżej możliwość z jej skorzystania w przypadku wskazanym w art. 46 ust. 5 pkt 1, to jest odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie”*.

Wskazać jednak należy, że nawet taka ocena treści złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej nie mogłaby prowadzić do wniosku, że gwarancja ta jest prawidłowa tzn. zabezpiecza możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego w przypadku wystąpienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jest to bowiem tylko jedna z okoliczności, o których mowa w tych przepisach.

Błędnie przyjmując, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie określają szczegółowo warunków gwarancji, odwołujący doszedł do błędnego wniosku, że zastosowanie znajduje jedynie Prawo bankowe – złożenie gwarancji nieodwołalnej, bezwarunkowej, płatnej na pierwsze żądanie jest wystarczające.

Nadto bezpodstawnie odwołujący przyjął, że złożona przez niego gwarancja udzielona na warunkach określonych w lit. a-c jest gwarancją udzieloną „na warunkach określonych” w ustawie Pzp.

Uwzględniając powyższe, w świetle ustawowych przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, które zamawiający wskazał także w pkt. 8.4. SIWZ, poprzez sformułowanie, że wadium musi zawierać oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w ustawie Pzp oraz wobec treści złożonych przez odwołującego gwarancji bankowych, stwierdzić należy, że odwołujący nie wniósł wadium prawidłowo zabezpieczającego jego ofertę, co oznacza że zamawiający nie wniósł wadium, a co obligowało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty.

Skład orzekający Izby orzekł zatem jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: