

WYROK
z dnia 30 listopada 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2016 roku przez wykonawcę **FEWATERM Sp. z o.o. S.K Oddział Budownictwo z siedzibą w Gromniku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego wykonawcę FEWATERM Sp. z o.o. S.K Oddział Budownictwo z siedzibą w Gromniku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawcę **FEWATERM Sp. z o.o. S.K Oddział Budownictwo z siedzibą w Gromniku**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawcę **FEWATERM Sp. z o.o. S.K Oddział Budownictwo z siedzibą w Gromniku** na rzecz Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy

sześciuset 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie, Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 17 listopada 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **FEWATERM Sp. z o.o. S.K Oddział Budownictwo z siedzibą w Chojniku**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Rewitalizacja linii kolejowej nr 106 na odcinku Boguchwała – Czudec” prowadzi Zamawiający: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy z siedzibą w Krakowie**.

Odwołanie wniesiono wobec odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez konsorcjum Wykonawców: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. oraz Swietelsky Baugesellschaft m.b.H.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak wniesienia prawidłowego wadium;
- 2) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp., polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ. Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez Odwołującego została zabezpieczona prawidłowo wadium i nie powinna zostać odrzucona.

Interes prawny Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, zaś wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 listopada 2016 r.;
- 2) uznanie oferty Odwołującego za prawidłowo zabezpieczoną wadium;
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE - numer ogłoszenia: 2016/S 153-277298 w dniu 10.08.2016 r. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął w dniu 7 listopada 2016 r., tj. w dniu przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż z treści pisma o odrzuceniu jego oferty wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę ze względu na wniesienie gwarancji wadialnej niezawierającej wszystkich okoliczności zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Natomiast zdaniem Odwołującego okoliczności sprawy wskazują, iż wadium zostało wniesione prawidłowo.

Zamawiający wszczął postępowanie w sierpniu 2016 r., a zatem po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp. nadającej art. 46 ust. 4a następujące brzmienie:

„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”.

Tym samym w obecnym stanie prawnym Zamawiający ma prawo domagać się aby wadium składane w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej przewidywało możliwość zwrócenia się do gwaranta o wypłatę wadium w przypadku niezuzpełnienia:

1. dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp., a zatem spełnianie warunków udziału w postępowaniu (kryteria selekcji nie mają zastosowania do niniejszego postępowania), brak podstaw do wykluczenia oraz, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom Zamawiającego;
2. dokumentów lub oświadczeń potwierdzających wstępnie, zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp., brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (kryteria selekcji nie mają zastosowania do niniejszego postępowania);
3. pełnomocnictw;
4. potwierdzających zgodę na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył ofertę i zabezpieczył ją wadium, w treści którego wskazano (oprócz okoliczności opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp., które nie są przedmiotem sporu) możliwość zatrzymania wadium *„Jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub*

oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, 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, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Wskazana w gwarancji wadialnej Odwołującego przesłanka obejmuje więc wszystkie dokumenty wynikające z obecnego brzmienia przepisów. Zawiera bezpośrednio odniesienie do dokumentu pełnomocnictwa (pkt 3 powyżej) oraz oświadczenia w zakresie akceptacji poprawy omyłki (pkt 4 powyżej) oraz odnosi się do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp., a więc dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom Zamawiającego, (pkt 1 i 2 powyżej). Tym samym Zamawiający mógł w oparciu o gwarancję ubezpieczeniową Odwołującego domagać się wypłaty wadium we wszystkich ustawowo określonych przypadkach, niezależnie od tego, że brzmienie tego dokumentu nie jest dokładną kalką przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Należy podkreślić, że odniesienie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. w brzmieniu obecnym jak i sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca br., umożliwia zatrzymanie wadium ze względu na niezpełnienie wszelkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, także dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. znowelizowanej ustawy Pzp. Przepis ten nie wprowadza nowej kategorii dokumentu czy oświadczenia, stanowi tylko uszczegółowienie co do formy dokumentu lub oświadczenia, którego celem jest wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 3 października br. (sygn. 1744/16), w którym Izba przyjęła szeroką interpretację zobowiązania gwaranta do wypłaty wadium w przypadku niezpełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. przyjmując, iż takim oświadczeniem jest także oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej. Izba stwierdziła, że *„informacja o przynależności do grupy kapitałowej oraz lista podmiotów wchodzących w skład grupy (...) stanowią oświadczenia wykonawcy, a wadium zapewnia zaspokojenie zamawiającego, w przypadku niezpełnienia oświadczeń. Taka wykładnia treści gwarancji jest uprawniona zarówno przy odwołaniu do przepisów ustawy obowiązujących w postępowaniu, jak i tych w brzmieniu znowelizowanym. W pierwszym przypadku art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp stanowi o oświadczeniach i dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a taki walor ma oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej. Oświadczenie to potwierdza okoliczność, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a o czym stanowi wskazany w treści gwarancji art. 25*

ust. 1 w brzmieniu znowelizowanym.” Tym bardziej zatem należy uznać, iż aktualne jest zobowiązanie do wypłaty wadium w przypadku, gdy w gwarancji wadialnej Odwołującego mamy odniesienie do oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków i brak podstaw do wykluczenia (art. 25 ust. 1), a niezupełnionym dokumentem byłoby oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 znowelizowanej ustawy Pzp. czyli oświadczenie o spełnianiu warunków i braku podstaw do wykluczenia.

Zaznaczyć wypada, że po nowelizacji, która weszła w życie 28 lipca br., oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej nie jest wymienione w osobnym przepisie i stanowi jeden z dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a więc zalicza się do dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym obecny przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. nie wskazuje wprost przesłanki zatrzymania wadium odnoszącego się do tego oświadczenia. Pojawienie się takiego zapisu w gwarancji wadialnej Odwołującego jest zatem w świetle obecnego brzmienia przepisów nadmiarowe, ponieważ samo odniesienie do art. 25 ust. 1 zapewnia możliwość zatrzymania wadium w przypadku braku uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.

Jeśli chodzi o brak odniesienia do art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, w treści gwarancji wadialnej Odwołującego, to nie ma ono znaczenia ze względu na fakt, iż z punktu widzenia skuteczności dochodzenia wadium przez Zamawiającego, istotne jest zastrzeżenie w jego treści obowiązku wypłaty wadium w przypadku niezpełnienia pełnomocnictwa, nie zaś wskazanie podstawy prawnej wezwania do uzupełnienia takiego pełnomocnictwa, która musi być zwyczajnie zgodna z ustawą Pzp. W gwarancji wadialnej Odwołującego zastrzeżenie dotyczące pełnomocnictwa znajduje się, a zatem wadium jest prawidłowe.

Zamawiający zdaje się pomijać istotną kwestię, iż wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokumentem, którego treść ma odpowiadać brzmieniu konkretnego przepisu ustawy Pzp., a jedynie ma pełnić funkcję zabezpieczenia oferty (zawarcia umowy) w okolicznościach określonych w ustawie. Dlatego nie wystarczy poprzestać na literalnym porównaniu brzmienia zapisu gwarancji i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp., a należy przede wszystkim zbadać funkcjonalną wartość tego dokumentu, tj. to czy zabezpiecza on możliwość zwrócenia się przez Zamawiającego do gwaranta we wszystkich okolicznościach określonych w ustawie Pzp. Takie podejście do treści gwarancji wadialnej zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 kwietnia 2013 r. (sygn. KIO 673/13), w którym stwierdziła, że *„przystępujący należycie dbając o swoje interesy winien sprawdzić, czy gwarancja spełnia warunki specyfikacji oraz ustawy PZP. Na wykonawcy bowiem spoczywa obowiązek właściwego przygotowania oferty. Zatem za prawidłowo wniesione wadium należy uznać takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy Pzp, t.j. w ust. 4a) jak i ust. 5 niniejszego przepisu, bowiem celem tych regulacji jest zapewnienie*

i zabezpieczenie uprawnień Zamawiającego przed konsekwencją przypadku wadium w przypadkach określonych w ww. przepisach, t.j. określonych działań lub zaniechań wykonawców. (Analogicznie wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP28/10)”.

W świetle wskazanej wyżej argumentacji wniesione przez Odwołującego wadium jest prawidłowe i obejmuje wszystkie dokumenty, których nieuzupełnienie skutkuje zatrzymaniem wadium. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego było bezpodstawne.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Przytoczył obecne brzmienie art.46 ust. 4a ustawy Pzp, wskazał, że złożona gwarancja wadium nie obejmuje sytuacji opisanych w art. 26 ust. 3a oraz art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, zatem katalog sytuacji, w których Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, nie pokrywa się z tym, wymaganym przez przepisy ustawy Pzp. Wadium powinno zabezpieczać ofertę w pełny sposób. Gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne, niezależne od stosunku podstawowego, ma być realizowana zgodnie z dosłowną treścią. Treść zobowiązania do zapłaty musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu lub przywołania prawidłowej podstawy prawnej. Jakiegokolwiek odstępstwa są niedopuszczalne. Gwarancja podlega wprawdzie wykładni, ale treść złożonej gwarancji nie pozwala na przyjęcie, że można z niej skorzystać w każdych okolicznościach przewidzianych przez art. 46 ust. 4a ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 roku. Nie można więc przyjąć, że zabezpiecza ona interesy Zamawiającego.

Zmiana przepisów, zwłaszcza dodanie art. 25a ust. 1 spowodowała rozszerzenie katalogu dokumentów, oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zmieniając jednocześnie zakres oświadczeń i dokumentów. W świetle obecnego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp warunki odpowiedzialności gwaranta zostały w treści gwarancji ukształtowane odmiennie aniżeli wynika to z treści przepisu po nowelizacji. Zamawiający przytoczył także orzecznictwo Izby potwierdzające jego stanowisko.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego i również wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania

zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Swietelsky Baugeseilchaft m.b.H. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Krakowie**. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Na podstawie zapisów SIWZ Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 11 („WADIUM”) każdy Wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości: 600 000,00 PLN (słownie: sześćset tysięcy). Wadium miało być wniesione w formie zgodnej z art. 45 ust. 6 Ustawy.

W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja miała być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Gwarancje i poręczenia miały zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa):

- 1) nazwę i adres Zamawiającego,
- 2) oznaczenie (numer) postępowania,
- 3) termin ważności wadium – odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie

Zamawiający zaznaczył, że zwróci wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z zastrzeżeniem pkt 10 IDW oraz treści art. 46 ust. 4 a ustawy. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwróci wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie Zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.

Beneficjentem gwarancji wadialnej jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową przetargową nr 10000000051 wystawioną 5 października 2016 roku przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Medicum z siedzibą w Warszawie, z której wynikało Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Beneficjenta, każdej kwoty do maksymalnej wysokości sumy gwarancyjnej, po otrzymaniu oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że żądana kwota jest należna i zaistniało przynajmniej jedno z opisanych zdarzeń:

- wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
- wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, lub
- wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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 Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego powołał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, wskazując że odrzuca ofertę, ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy tj. treść gwarancji nie zawiera przesłanek wymienionych w art. 46 pkt 4a ustawy Pzp

Izba zważyła, co następuje:

Izba w podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie odnoszącym się do konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w stosunku do oferty Odwołującego. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert Zamawiający otrzyma stosowny dokument, a z jego treści wynikać będą między innymi warunki wypłaty

wadium - gwarancja musi dawać Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Już w chwili otwarcia ofert Zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast wykładania samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle.

Zamawiający określił w SIWZ, że dokument wadium ma dawać możliwość zatrzymania wadium na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W złożonej gwarancji Gwarant określił warunki zapłaty wadium odwołując się do treści przepisu 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 28 lipca 2016 roku. Brzmienie warunku zatrzymania wadium wymienione w gwarancji nie odpowiada aktualnemu brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, tj. nie zawiera przede wszystkim warunku zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli wykonawca: w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i ust. 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, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł uznać wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej za wniesione prawidłowo, gdyż nie zabezpieczała ona interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadium we wszystkich okolicznościach przypadku wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). Izba uznaje także w całości za trafną argumentację prawną przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, przyjmując ją za własną.

Niewątpliwie zauważyć należy, iż art. 25a ust. 1 ustawy Pzp stworzył nową grupę dokumentów, dotyczących oświadczenia w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Wymagany dokument ma charakter rozbudowany, odnosi się nie tylko do sytuacji samego wykonawcy, ale także podmiotów trzecich i podwykonawców. Dotyczy on wszystkich wykonawców, którzy zobowiązani są do wypełnienia jednolitego dokumentów już na wstępnym etapie postępowania. W chwili obecnej zaś art. 25 ustawy Pzp dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ustawodawca zdecydował się także do wyodrębnienia w oddzielnej jednostce redakcyjnej możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa (art. 26 ust. 3a ustawy Pzp). Ponadto art. 26 ust. 3 w obecnym brzmieniu pozwala na

uzupełnianie innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczeń lub dokumentów niekompletnych, zawierających błędy lub budzących wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Nastąpiło zatem rozszerzenie katalogu sytuacji, w których możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. O ile zgodzić można byłoby się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożona gwarancja wadialna w swej treści odnosi się do dokumentu pełnomocnictwa, a więc w przypadku nieuzupełnienia tego dokumentu, Zamawiający uprawniony byłby do zatrzymania wadium, o tyle dokument gwarancyjny w treści nie odnosi się do nowych kategorii i sytuacji określonych w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp, które to umożliwiają obecnie Zamawiającemu zatrzymanie wadium, w tym przede wszystkim do art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że w orzecznictwie Izby były już rozstrzygane zagadnienia tożsame do tych stanowiących istotę sporu stron w niniejszej sprawie. Przykładowo w wyroku z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 422/15, Izba wskazała, że: *„Nieobjęcie zakresem gwarancji okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a p.z.p. pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, co z kolei skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.”*. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie klienta. Bank oświadcza, że, zgodnie z jej treścią, zaspokoi przyjmującego gwarancję beneficjenta, jeżeli zleceniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań. Celem gwarancji jest dodatkowe zapewnienie jej beneficjentowi wykonania umowy przez kontrahenta. Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Brak jest przy tym konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy P.z.p., dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy P.z.p., ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13).

Tożsame stanowisko i ocenę zawarto m.in. w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 311/15, gdzie Izba wyraziła pogląd, zgodnie z którym: *„Wadium powinno zabezpieczać ofertę od upływu terminu składania ofert (...). Od tego też momentu zamawiający powinien być uprawniony do zatrzymania wadium, również na wypadek gdy wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. 2. Kompetencja zamawiającego wynikająca z art. 36 ust. 1 pkt 8 p.z.p. nie rozciąga się z pewnością na prawo do modyfikowania ustawowych przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. 3. Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem*

abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. należy uznać za nieprawidłowe". W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że „Nie było sporne pomiędzy stronami, że gwarancja bankowa złożona przez (...) tytułem wadium nie obejmowała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. (...) Zdaniem Izby, przywołana okoliczność obligowała zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. (...) Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. obliuguje zamawiającego do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wniósł wadium. (...) Skoro zatem gwarancja bankowa nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo”.

W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium.

Co do możliwości dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść złożonej gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, co zresztą Odwołujący sam przyznawał. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli

nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł.

W odniesieniu do dowodu z pisma – oświadczenia dodatkowego wystawionego przez Gwaranta złożonego przez Odwołującego na rozprawie, Izba wskazuje, że nie mogło mieć ono przesądzającego znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia. W ocenie Izby dokument ten mógłby zostać uznany jedynie jako uzupełnienie gwarancji, po terminie składania ofert i po terminie czynności Zamawiającego, co nie ma znaczenia dla sprawy. Dokument ten nie był znany Zamawiającemu na etapie oceny ofert, został on wystawiony i złożony po tym terminie składania ofert i stanowi jedynie dodatkowe stanowisko Gwaranta. Nie może natomiast stanowić literalnej wykładni pierwotnego oświadczenia woli Gwaranta. Doprecyzowywanie intencji na tym etapie postępowania, po pierwsze nie może zostać uznane za skuteczne (intencje, a w istocie zakres odpowiedzialności Gwaranta, winien wynikać w sposób jednoznaczny z dokumentu składanego najpóźniej na moment składania ofert), a po drugie, nie może stanowić okoliczności podważającej trafność oceny Zamawiającego. W związku z powyższym, Izba nie uznała złożonego pisma, za dowody mogące mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, zgodnie z zarzutami i żądaniami Odwołującego.

Z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle prawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Zamawiającej.

Przewodniczący:

.....