

Sygn. akt: KIO 1779/11

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2011 r. przez **Sprint S.A. w Olsztynie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę i instalację sprzętu komputerowego dla 8 placówek oświatowych w Gdyni, realizowanego w ramach projektu „Rozwój elektronicznych usług publicznych w Gdyni”, unieważnienie czynności wykluczenia **Sprint S.A. w Olsztynie** z udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty **Sprint S.A. w Olsztynie**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasta Gdyni** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sprint S.A. w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Miasta Gdyni** kwotę **19 486 zł 26 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć złotych dwadzieścia sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Gdynia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację sprzętu komputerowego dla 8 placówek oświatowych w Gdyni, realizowaną w ramach projektu „Rozwój elektronicznych usług publicznych w Gdyni”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27.05.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 102-167354.

W dniu 08.08.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Koma Nord Sp. z o.o oraz Sprint S.A. w związku z nieprawidłowym zabezpieczeniem ich ofert wadium, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dniu 18.08.2011 r. Sprint S.A. w Olsztynie wniosła odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z art. 45 ust. 6 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo złożenia przez niego prawidłowego dokumentu wadium zabezpieczającego interesy zamawiającego i zgodnego z przepisami ustawy,
2. art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 45 ust. 6 ustawy przez odrzucenie oferty Sprint S.A. pomimo złożenia przez odwołującego prawidłowego dokumentu wadium zabezpieczającego interesy zamawiającego i zgodnego z przepisami ustawy,

3. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy polegającym na unieważnieniu postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu została złożona prawidłowa oferta z ceną niższą niż przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego unieważnienia postępowania oraz nieprzyznania zamówienia Sprint S.A.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Sprint,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego i w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zamawiający bezpodstawnie uznał, że wadium złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez Sprint S.A. nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz jest niezgodne z przepisami ustawy. Zgodnie z punktem 14.7. siwz, na który powołał się zamawiający jako podstawę wykluczenia odwołującego „Poręczenia bankowe, gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości muszą nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązywać Poręczyciela lub Gwaranta do zapłaty kwoty pieniężnej w ciągu 14 dni na pierwsze wezwanie Zamawiającego, w wysokości odpowiadającej kwocie wadium”.

Gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez odwołującego zawierała natomiast następujące postanowienie: „Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie

wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadniania o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych."

Bezspornym jest, iż odwołujący wniósł przed upływem terminu składania ofert wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a więc w jednej z form dopuszczonej przepisem art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy. Pzp, jak i ustawa o działalności ubezpieczeniowej, nie regulują szczegółowej treści gwarancji ubezpieczeniowej, jak i jej formy, a zatem w celu oceny skuteczności wniesionego wadium należy mieć na uwadze cel, jakiemu służyć ma zabezpieczenie oferty wadium. Funkcja wadium nie ogranicza się tylko do wstępnej selekcji uczestników przetargu, ale pełni także rolę kompensacyjną polegającą na ochronie uzasadnionych interesów organizatora przetargu. Stanowi ono zryczałtowane odszkodowanie za szkodę poniesioną przez ogłaszającego przetarg, który z winy oferenta wygrywającego przetarg, nie doprowadził do zamierzonego skutku w postaci zawarcia umowy (System Prawa Cywilnego, tom 2 Prawo cywilne - część ogólna, str. 361).

Wskazać w tym miejscu należy na treść orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96), dotyczącego sposobu interpretacji pojęcia bezwarunkowości gwarancji ubezpieczeniowej jako brak "ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwarantariusza". Stwierdzenia wymaga zatem, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa miała charakter bezwarunkowy i nieodwołalny, który w pełnym zakresie zabezpieczał interes Zamawiającego. Odwołujący wskazuje ponadto, że zakwestionowana treść gwarancji jest powszechnie znana, wystawiona przez podmiot wiarygodny i znany (STU Ergo Hestia S.A.) oraz akceptowana przez innych zamawiających, gdyż chroni ona również interesy samego zamawiającego. Nie może być ona podstawą do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp., gdyż nie można mówić, iż wykonawca nie wniósł wadium lub też wniósł wadium nieprawidłowe co do treści. Zostało ono wniesione w dopuszczalnej formie, jest ważne w całym okresie

związania ofertą, a jego wypłata nastąpi we wszystkich sytuacjach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutów Zamawiającego dotyczących niezgodności treści gwarancji z punktem 14.7 siwz należy stwierdzić, że ustawa wyraźnie nie określa w jakim terminie musi być zrealizowane żądanie zamawiającego wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji. Jak wskazuje doktryna prawa zamawiający mają prawo (a nawet obowiązek) doprecyzowywania wymogów dotyczących wadium w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy. Jednakże dotyczy to wymagań dotyczących wadium co do formy jego wniesienia, wysokości, sposobu wniesienia, czasu złożenia, a nie możliwości jednostronnego narzucenia termin wypłaty kwoty gwarancji. Ponadto zgodnie z jednolitym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej prawo zamawiającego do doprecyzowania wymogów dotyczących wadium nie może być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający uprawniony jest bowiem do uzupełnienia wymogów dotyczących wadium wyłącznie w takim zakresie, w jakim dopuszcza to ustawa. Tym samym postawienie przez Zamawiającego wymogu, aby gwarancja obejmowała prawo do zapłaty kwoty wadium w terminie 14 dni nie miało podstaw prawnych.

W uzasadnionej ocenie Odwołującego, która jest potwierdzona orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie mają kompetencji do ograniczania przez postanowienia siwz uprawnień wykonawców przewidzianych w przepisach ustawy, co tym samym skutkuje uznaniem, że postanowienie pkt 14.7 SIWZ nie było skuteczne i miało charakter wyłącznie instrukcyjny, którego niezachowanie nie mogło rodzić negatywnych skutków dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Tożsame stanowisko zawarła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2009 r. w sprawie KIO/UZP 859/09, w której stwierdziła, że wprowadzony zapis siwz nie wywołuje skutków, jakie wiąże ustawa w zakresie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy. Wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z siwz. w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta, należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Badana gwarancja ubezpieczeniowa nie pozbawia zamawiającego prawa do skutecznego żądania

zapłaty należności przez ubezpieczyciela z tytułu zabezpieczenia wadium wniesionego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uzasadniające jego stanowisko. I tak w wyroku z 11.03.2010 w sprawie KIO/UZP 235/10 wskazano, że zamawiający nie może ingerować w relacje zleceniodawcy wystawienia gwarancji a banku będącego jej wystawcą. Treść gwarancji determinowana jest przede wszystkim treścią przepisów ustawy dotyczących wadium; natomiast w wyroku z 15.07.2008 r. w sprawie KIO/UZP 664/08 stwierdzono, że ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek zawarcia w specyfikacji wymagań dotyczących wadium (art. 36 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Gdyby obowiązek ten miał sprowadzać się do wskazania przez zamawiającego danych odnośnie terminu, miejsca czy też numeru rachunku, na który należy wnieść wadium, to konstrukcja pkt 8 art. 36 ust. 1 byłaby inna, to jest wskazywałaby konkretne dane, podobnie jak jest to w przypadku pkt 1, 4, 9 czy 11 art. 36 ust. 1.

Niezwykle istotnym dla oceny niniejszej sprawy jest również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 03.09.2010 wydana w sprawie KIO/KU 63/10, gdzie stwierdzono, że istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest zobowiązanie ubezpieczyciela do świadczenia pieniężnego w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 Pzp. W razie ich wystąpienia zapłata następuje nieodwołalnie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zamawiającego. Taka konstrukcja prawa wadium daje zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczenia na wypadek zaistnienia powołanych na wstępie okoliczności ustawowych. Wadium zabezpieczone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zastępuje w istocie to świadczenie, które zostałyby wniesione w formie pieniężnej. W świetle przedmiotowej uchwały oraz wyroku KIO z 21.07.2009 r. wydanego w sprawie KIO/UZP 859/09, w którym stwierdzono, że 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 należy jednoznacznie skonstatować, że gwarancja wadium złożona przez Sprint S.A. w przedmiotowym postępowaniu spełniała wszystkie wymogi przewidziane przepisami ustawy oraz w pełnym zakresie zabezpieczała istotny interes zamawiającego.

Wskazano przy tym, że istotą wadium jest bowiem możliwość zatrzymania tej kwoty przez zamawiającego jako surrogatu odszkodowania, a nie okresu czasu w jakim gwarant zapłaci kwotę objętą w gwarancji, w sytuacji wystąpienia ku temu ustawowych przesłanek. Zapłata wadium przez gwaranta nie ma bowiem na celu „wzbogacenia” zamawiającego czy to kwotą nominalną wadium czy też ewentualnych odsetek możliwych do uzyskania przez Zamawiającego po zapłacie wadium, czego potwierdzeniem jest obowiązek zwrotu wadium wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego (art. 46 ust. 4 ustawy) w przypadku złożenia go w formie pieniężnej.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego zabezpiecza interes zamawiającego nawet w większym stopniu niż to miałyby wynikać z postanowienia punktu 14.7 siwz. Zamawiający zakładał bowiem, że kwota wadium miałyby być zapłacona w terminie 14 dni od zgłoszenia pisemnego żądania. Natomiast w świetle złożonej gwarancji ubezpieczeniowej oraz przepisów kodeksu cywilnego zamawiający miał możliwość postanowienia kwoty wadium w stan wymagalności w krótszym niż określonym w siwz terminie, gdyż wymagalność przedmiotowej wierzytelności zależało wyłącznie od podjęcia przez uprawnionego (zamawiającego) odpowiedniej czynności tj. skierowania pisemnego żądania do zapłaty.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W dokumentacji postępowania przekazanej w formie kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem zamawiający nie przekazał dokumentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże treść adekwatnego dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania postanowienia siwz, które posłużyło jako postawa wykluczenia odwołującego z postępowania, możliwa była do ustalenia na podstawie informacji zawartych w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 08.08.2011 r. (znajdującej się w aktach sprawy), a także w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, gdzie sam zamawiający podawał i powoływał się na powyższe. Ponadto

treść siwz w tym zakresie przytoczył odwołujący w odwołaniu. Należało więc wymagania zamawiającego dotyczące wadium zawarte w siwz uznać za niesporne pomiędzy stronami.

I tak w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w pkt 14.7 zamawiający wymagał, aby gwarancja wadialna nieodwoalnie i bezwarunkowo zobowiązywała gwaranta do zapłaty kwoty gwarantowanej w ciągu 14 dni na pierwsze wezwanie zamawiającego.

Do oferty Sprint S.A. załączono Gwarancję ubezpieczeniową nr 280000026824 z dnia 28.06.2011 r. wystawioną Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. w Sopocie, gdzie wskazano, iż gwarant podejmuje się bezwarunkowo i nieodwoalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania zamawiającego, w którym zamawiający stwierdzi, iż kwota gwarantowana jest mu należna, w związku z zaistnieniem któregośkolwiek z warunków zatrzymania wadium określonych w Pzp.(dowód załączony do odwołania, oraz oferta Sprint S.A. w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Oferta Sprint S.A. jest ofertą najtańsza i jej cena wynosi 977 175,63 zł., co ustalono na podstawie pkt 9 przekazanych do Izby Protokołu postępowania – ZP-PN oraz oferty odwołującego,

Jak wynika z pkt 8 ww. Protokołu bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 096 770,01 zł.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium [...]. Dodatkowo przepisy art. 45 ust 3 i 4 ustawy stanowią, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a kwota wadium określona przez

zamawiającego nie może być większa niż 3% wartości zamówienia. Natomiast ust. 6 powołanego przepisu wskazuje, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- a) pieniądzu;
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- c) gwarancjach bankowych;
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- e) [...]

W ust. 7 art. 45 Pzp zaznaczono, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ponadto zamawiający zgodnie z ust. 5 art. 46 Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

1. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do podkreślanego przez zamawiającego znaczenia postanowień siwz dotyczących wadiów wnoszonych przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do zastrzeżenia w treści gwarancji wadialnych 14-dniowego terminu płatności) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych wyżej przepisów, jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakikolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz

odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczenia, treści dokumentów wadialnych... etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawa opisany (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne. Tym samym w taki właśnie sposób należało ocenić znaczenie postanowień pkt 14.7 siwz wskazanych przez zamawiającego jako podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania.

Na potwierdzenie powyższego można powołać wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29.09.2008 r sygn. akt X GA 260/08, gdzie sąd wskazał, iż na ważności wadium i skuteczności jego wniesienia może w określonych przypadkach nie wpłynąć nawet niewypełnienie wszystkich wymagań ustawowych w tym przedmiocie (konkretnie bezgotówkowego wniesienia wadium w pieniądzu) – co należy zestawić ze znaczeniem wymagań siwz odnoszących się do sposobu wnoszenia czy kształtu wadium.

Reasumując należało uznać, iż w rozpatrywanym przypadku odwołujący prawidłowo zabezpieczył swoją ofertę wadium, tzn. przed upływem składania ofert wadium spełniające wszelkie wymagania ustawowe zostało wniesione do zamawiającego i znajdowało się w jego posiadaniu. Natomiast wymagania siwz odnoszące się do terminu płatności zastrzeżonego w gwarancji wadialnej nie wywierają w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego zamawiającemu wadium żadnych skutków prawnych. Tym bardziej, iż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Sprint S.A. kwota gwarantowana staje się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez zamawiającego (przez złożenie stosownego, wskazanego w treści gwarancji, żądania zapłaty), natomiast w przypadku wprowadzenia klauzuli projektowanej przez zamawiającego wymagalność roszczenia następuje dopiero po 14 dniach od złożenia żądania zapłaty sumy gwarantowanej. Przy czym klauzula tego typu nie stanowi żadnego dodatkowego zabezpieczenia interesów zamawiającego przed uchylaniem się od płatności przez gwaranta.

Tym samym należało potwierdzić naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez jego wyżej opisane zastosowanie w stosunku do odwołującego i jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne w stosunku do stwierdzonego naruszenia ww. przepisu i jako takie również są zasadne. W szczególności, wobec przywrócenia oferty odwołującego do postępowania, przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy odpadła.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono 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 § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: