

WYROK

z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 maja 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z powodu wniesienia przez tego wykonawcę wadium w sposób nieprawidłowy**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześć złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę fluorowanej deoksyglukozy dla UCK*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 14 lutego 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 033-059353.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej: „*Odwołującym Monrol*”) w dniu 15 maja 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z uwagi na niewniesienie wadium. Odwołujący Monrol wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości, unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 5 maja 2017 r. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech.

Pismem z dnia 22 maja 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: - Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 16 maja 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 18 maja 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę fluorowanej deoksyglukozy dla UCK”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział VIII. Wymagania dotyczące wadium.

1. Warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wniesienie wadium w prawidłowej wysokości dla danej części na którą Wykonawca składa ofertę. Kwota wadium dla oferty wynosi 9 000 zł.
2. Wadium może być wniesione w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej (musi być poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych oraz poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (art. 45 ust. 6 ustawy).
3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
4. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na poniższy rachunek bankowy Zamawiającego: Bank Gospodarstwa Krajowego nr: 71 1130 1121 0006 5499 6720 0009. Wykonawca wnoszący wadium w pieniądzu zobowiązany jest do wpłacenia go odpowiednio wcześniej, tak aby znalazło się ono na koncie Zamawiającego przed datą i godziną składania ofert.
5. Wadium wnoszone w formie niepieniężnej powinno być wystawione na Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk. Oryginał dokumentu należy złożyć w opisanej kopercie wraz z ofertą, natomiast potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię należy dołączyć do oferty.
6. Dokument poręczenia/gwarancyjny powinien przewidywać utratę wadium na rzecz Zamawiającego w przypadkach określonych w pkt. 7 i 8.
7. Zamawiający 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.
8. 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.
9. Wadium musi zabezpieczać ofertę w całym okresie związania ofertą, który wynosi 60 dni od upływu terminu składania ofert.
10. Zamawiający zwróci wadium dla Wykonawcy na zasadach określonych w art. 46 ustawy

PZP.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 8/

W niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty m. in. przez wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech. W ofercie złożonej przez wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech załączono gwarancję przetargową nr BAGAV70150515001. W treści niniejszej gwarancji znajduje się stwierdzenie, iż: „Zgodnie z warunkami postępowania, oferty muszą być zabezpieczone wadium/gwarancją bankową. W związku z powyższym Bank COMMERZBANK Aktiengesellschaft, niniejszym wydaje gwarancję w imieniu Oferenta w stosunku do zamawiającego w kwocie maksymalnej: 9.000,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy PLN) i zobowiązuje się nieodwołalnie, bez uwzględnienia sprzeciwu i obrony oferenta lub stron trzecich i niezależnie od ważności i skuteczności postępowania lub oferty oraz zrzekając się ewentualnych zarzutów stąd powstałych wypłacić maksymalną kwotę należnej gwarancji po otrzymaniu pierwszego żądania na piśmie, w którym potwierdzą Państwo, że oferent nie wywiązał się z zobowiązań wynikających z uczestnictwa w postępowaniu (...)”.

/dokumentacja postępowania: Oferta wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech. /

W dniu 5 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 maja 2017 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 15 maja 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Monrol Poland Ltd Sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. B. Link Express z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie z dnia 15 maja 2017 r. /.

Pismem z dnia 22 maja 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r. /.

W dniu 24 maja 2017 r. na posiedzeniu wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

/dokumentacja postępowania: protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 24 maja 2017 r., str. 3/.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego Monrol postawiany Zamawiającemu w przedmiocie gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego jest zasadny.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 594/10 „*instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 70⁴ § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 ustawy Pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądanym w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp*”.

Przedstawiony przez Przystępującego dokument gwarancji wadialnej, - wobec wątpliwości co do jej treści - nie spełniał wymogów art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby w dokumencie tym brakowało określenia warunków zatrzymania wadium przez Zamawiającego, a dokładnie warunków opisanych w art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp. Treść udzielonej gwarancji zawierała jedynie ogólne sformułowanie „*Zgodnie z warunkami POSTĘPOWANIA, oferty muszą być zabezpieczone wadium/gwarancją bankową*”, nie zawierała sformułowań zawartych w art. 46 ust. 4a) oraz ust. 5 ustawy Pzp, jak również nie odnosiła się w tym zakresie do przepisów ustawy Pzp co – w ocenie Izby - uniemożliwiłoby Zamawiającemu zatrzymanie wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a) oraz ust. 5 ustawy Pzp.

Należy zgodzić się z Odwołującym Monrol, że Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium, gdy jest to zgodne z zakresem gwarancji - w przypadkach określonych enumeratywnie w ustawie Pzp. Zatem zakres gwarancji powinien zakreślać sytuacje, w

których Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium, w taki sposób, aby treść tej gwarancji nie budziła wątpliwości i zabezpieczała roszczenia Zamawiającego. To 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 przepadku 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/UZP 28/10, czy też wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2013 r., sygn.. akt KIO 673/13).

W ocenie Izby tego rodzaju brak w treści dokumentu gwarancji nie podlega uzupełnieniu w trybie wezwania przez Zamawiającego w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert – zatem Izba uznała, że dokumenty złożone przez Przystępującego na rozprawie - nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Wniesienie wadium jest warunkiem odrębnym od warunku złożenia oświadczenia i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegającym uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Zgodzić należało się z Odwołującym Monrol, iż oświadczenie gwaranta złożone na rozprawie, jest oświadczeniem, którym Zamawiający nie dysponował w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dokumentu gwarancji – w świetle orzecznictwa KIO oraz orzecznictwa sądów powszechnych – nie można konwalidować.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W świetle powyższego sankcją odrzucenia oferty objęty jest również przypadek, gdy wykonawca nie tylko nie wniósł wadium w ogóle, ale również gdy wniesiono wadium w sposób wadliwy – nieprawidłowy – wadium, które w świetle przepisów ustawy nie zabezpieczałoby roszczeń Zamawiającego.

Analogicznie jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym – przewidującym sankcję wykluczenia – należy w sposób odpowiedni powołać się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., X Wydział Gospodarczy, sygn. akt X Ga 189/13, zgodnie z którym: „*Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 p.z.p.) i może być ono wniesione w formie gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3 p.z.p.).*

Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2012 r. nr 1376 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 (ust. 1). Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności (ust. 2). Na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. 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. Z kolei wedle ust. 5 tego artykułu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (pkt 1), nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 2) lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 3). Sąd Okręgowy zważył, że w świetle powyższych unormowań wadium nie wniesione przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wysokości niższej niż wymagana (art. 45 ust. 4), w formie nieprzewidzianej przez ustawę (art. 45 ust. 6), nie zabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach jego przypadku (art. 46 ust. 4a-5) oraz niezgodne z przepisami regulującymi wystawienie gwarancji bankowej powinno być zakwalifikowane jako brak prawidłowego wniesienia wadium, będąc przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (...). Sąd Okręgowy ocenił, że sformułowanie zawarte w gwarancji przetargowej nr 07001KTG13 z dnia 16.1.2013 r. o treści: „(...) Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu (...)” nie obejmuje w sposób pełny przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 p.z.p. Niewątpliwym jest przy tym fakt, że nieobjęcie zakresem gwarancji choćby jednej okoliczności, która powinna być zabezpieczona w świetle przytoczonych przepisów ustawy, skutkuje wykluczeniem z postępowania wykonawcy wnoszącego tego rodzaju wadium. Nie bez racji wskazywał przeciwnik skargi, że cytowana treść gwarancji jest znaczeniowo niepewna, albowiem nie daje ona odpowiedzi, czym są „Warunki Przetargu”. Ustalenie zakresu tego pojęcia pozostawione jest interpretacji, co tym samym powoduje nadwężenie pewności i nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez zamawiającego. Można by przyjąć - jak widzi to skarżąca - że gwarant pod tym terminem rozumiał Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (także „SIWZ”), lecz skarżąca nie wywodzi argumentów, które mogłyby za takim stanowiskiem przemawiać. Istnieje natomiast silny

motyw uzasadniający pogląd odmienny, mianowicie specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest terminem ustawowym (art. 36 ust. 1 p.z.p.), a więc jest zgodne z oczekiwaniem ustawodawcy określenie dokumentu zawierającego elementy treści warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia tą właśnie nazwą, nie zaś inną. Już z tego względu mógł wystawca gwarancji zasadnie sądzić, że trafniejsze będzie określenie warunków zamówienia tak jak czyni to ustawa, nie zaś podług własnego wyboru poprzez określenie ich mianem „Warunków Przetargu”. Dodatkowo praktyka wskazuje na powszechne określanie warunków zamówienia formułowanych przez zamawiających zgodnie z ich ustawową nomenklaturą, a więc nazewnictwo odmienne byłoby nieznanym akceptacji odstępstwem. Ponadto w momencie zlecenia wystawienia gwarancji xxxxxxxx. znała tytuł warunków zamówienia wskazywanych przez zamawiającego, w związku czym trudno usprawiedliwić jej tolerancję dla innego ujęcia SIWZ w treści gwarancji. Nie można także podzielić sugestii skarżącej, że określenie „Warunki Przetargu” odnosi się do powszechnie obowiązujących przepisów, w tym Prawa zamówień publicznych. Należy wskazać, że zastosowanie wielkich liter na początku cytowanych wyrazów prowadzi do wniosku, że stanowią nazwę własną jakiegoś dokumentu (przy czym brak w aktach jego treści lub choćby wskazania miejsca złożenia tego dokumentu), nie zaś tytuł powszechnie obowiązującego aktu prawnego. Gdyby miało być tak, że gwarant wskazuje tym wyrażeniem na prawo wypływające z konstytucyjnych źródeł prawa zgodnie z art. 87 ustawy zasadniczej, właściwsze byłoby sformułowanie „przepisy prawa”, „ustawa” czy inne podobne do tych przykładowo wskazanych. Oprócz tego nie wiadomo, czy „Warunki Przetargu” to w istocie nie są jedynie warunki określone w art. 22 ust. 1 p.z.p., stanowiące kto w ogóle może ubiegać się udzielenie zamówienia. Przede wszystkim zaś trudno jest przyjąć, że „Warunki Przetargu”, skoro dotyczą tylko i wyłącznie „przetargu”, odnoszą się także do etapu zawierania umowy z wykonawcą wyłonionym po przeprowadzeniu postępowania o zamówienie, które wszakże kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Należało zgodzić się z przeciwnikiem skargi, że nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów p.z.p. oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zaś gwarancja bankowa złożona przez xxxxx warunków tych nie spełnia”.

Zatem gwarancja powinna obejmować te same okoliczności, w których Zamawiający może zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Zgodzić należało się, że mogą być one przywołane w różny sposób w treści gwarancji, jednak nie ulega wątpliwości, że gwarancja musi obejmować okoliczności opisane w ww. przepisach – których to gwarancja będąca przedmiotem niniejszego sporu nie obejmowała. Wobec tego należało

uznać, że wadium zostało wniesiono w sposób nieprawidłowy. W konsekwencji oferta złożona przez Przystępującego nie została zabezpieczona w sposób prawidłowy wadium i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z powodu wniesienia przez tego wykonawcę wadium w sposób nieprawidłowy.

Wobec powyższego mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 oraz 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 z późn. zm.), Izba wobec wniesionego sprzeciwu - na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia - zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego Monrol koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący:

.....