

Sygn. akt: KIO 2338/20

KIO 2387/20

WYROK

z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **16 października 2020 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **18 i 21 września 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców:

A. IWA S.A. z siedzibą w Białymstoku – sygn. akt KIO 2338/20

B. Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – sygn. akt KIO 2387/20

w postępowaniu pn. *Opracowanie Studium korytarzowego i Studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego z elementami Koncepcji programowej wraz z materiałami do uzyskania Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania „Budowa obwodnicy Błaszek w ciągu drogi krajowej nr 12”* (nr postępowania O.Ł.D3.2413.7.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od IWY S.A. z siedzibą w Białymstoku na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od Mostów Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

Sygn. akt: KIO 2338/20

KIO 2387/20

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Łodzi**.

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad za pośrednictwem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad {dalej również: „GDDKiA} Oddziału w Łodzi prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *Opracowanie Studium korytarzowego i Studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego z elementami Koncepcji programowej wraz z materiałami do uzyskania Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania „Budowa obwodnicy Błaszek w ciągu drogi krajowej nr 12”* (nr postępowania O.Ł.D3.2413.7.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 sierpnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_148 pod poz. 363433.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 września 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o odrzuceniu m.in. ofert złożonych przez IWA S.A. z siedzibą w Białymstoku {dalej również: „IWA”} oraz Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej również „Mosty Katowice”}.

18 września 2020 r. IWA S.A. z siedzibą w Białymstoku {dalej również: „Odwołujący”} wniosła w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp w zw. z art. 876 § 1, art. 880 i art. 881 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 65 § 1 kc – przez odrzucenie oferty IWY wskutek uznania, że wadium w postaci poręczenia udzielonego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty IWY.

Jako uzasadnienie wniesienia odwołania wskazano na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Odwołujący podał, że Zamawiający oparł swoją decyzję o uznaniu wadium za wniesione nieprawidłowo na postanowieniu zawartym w § 3 ust. 1 oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, które uznał za warunek zapłaty kwoty

wadium.

Odwołujący stwierdził, że treść oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nie wprowadza warunku zapłaty wadium, gdyż wszystkie przesłanki jego zapłaty wymienione w § 3 ust. 1 tego oświadczenia zostają spełnione w przypadku zaistnienia któregośkolwiek zdarzenia spośród wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dostrzega, że ponieważ poręczenie jest umową nazwaną unormowaną w art. 876-887 kc, nie sposób oczekiwać wykonania zobowiązania z tego tytułu w oderwaniu od tych przepisów, w szczególności:

- art. 876 § 1 kc, zgodnie z którym przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał,
- art. 880 i 881 kc. w myśl których zobowiązanie poręczyciela aktualizuje się dopiero w sytuacji, kiedy dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, a poręczyciel odpowiada wraz z dłużnikiem jak dłużnik solidarny.

Ponadto według Odwołującego pozostaje to zbieżne z istotą wadium jako zobowiązania wykonawcy do zapłaty na rzecz zamawiającego określonej kwoty w sytuacji niewłaściwego postępowania wykonawcy, której termin zapłaty został określa wskazanie zdarzeń w postaci przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp. Tym samym termin wymagalności zapłaty kwoty wadium został uregulowany jako przypadający na dzień wystąpienia zdarzenia wymienionego w tych przepisach ustawy pzp. W konsekwencji wówczas wystąpią wszelkie podstawy do wystąpienia wobec poręczyciela o zapłatę kwoty wadium objętej poręczeniem.

W przekonaniu Odwołującego takie stanowisko znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny odnoszących się do akcesoryjności poręczenia: *Cechą poręczenia, wynikającą z art. 876 § 1 k.c., jest jego akcesoryjność (zawisłość) względem zobowiązania, dla którego stanowi ono zabezpieczenie. Należy ona do essentialia negotii poręczenia. Akcesoryjność ta przejawia się w tym, że powstanie, jak i istnienie zobowiązania poręczyciela jest uzależnione od ważności oraz istnienia zobowiązania zabezpieczonego poręczeniem (zobowiązania dłużnika głównego). Brak samoistności poręczenia – co wynika z art. 879 § 1 k.c. – wyraża się także w skorelowaniu zakresu odpowiedzialności poręczyciela i dłużnika głównego (jest on co do zasady taki sam). Poręczenie z racji swego akcesoryjnego charakteru istnieje zatem dopóty, dopóki istnieje zobowiązanie główne i w granicach tego zobowiązania [Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczególna (art. 765-921(16)) pod red. M. Frasa i M. Habdasa, WKP 2018].*

Natomiast zdaniem Odwołującego bez znaczenia dla przedmiotowej kwestii pozostają

poglądy prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczone w piśmie Zamawiającego, gdyż dotyczą one wadium wnoszonego w postaci gwarancji bankowych i gwarancji ubezpieczeniowych, które nie są unormowane w przepisach prawa, a zatem zobowiązanie gwaranta podlega ocenie wyłącznie w oparciu o dokument gwarancji.

Odwołujący podniósł również, że poszczególne postanowienia oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium winny być interpretowane w taki sposób, aby zapewnić ich spójność. W tym przypadku istotny jest § 4 ust. 1 tego oświadczenia, z którego jednoznacznie wynika, że zapłata wadium zostanie dokonana bezwarunkowo.

Ponadto Odwołujący wywiódł, że poręczenie jako stanowiące umowę dochodzi do skutku w wyniku pisemnego oświadczenia poręczyciela (art. 876 § 2 kc) oraz oświadczenia zamawiającego, które jest zastępowane w niniejszym przypadku przez przepisy art. 45 i 46 ustawy pzp oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ”}, co także potwierdza jego zdaniem bezwarunkowy charakter udzielonego poręczenia.

Według Odwołującego nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w tomie I pkt 16.3. akapit ostatni SIWZ Zamawiający zastrzegł wymóg, aby taką płynność jak wadium wniesione w pieniądzu miało tylko wadium w formie gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej, a nie odniósł tego wymagania do poręczeń.

21 września 2020 r. Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Odwołujący”} wniosły w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia ich oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów {lista zarzutów}:

1. Art. 45 ust. 6 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp – przez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że Mosty Katowice wniosły wadium w sposób nieprawidłowy, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości.
2. Art. 876 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp – przez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że poręczenie zabezpieczające zapłatę wadium na rzecz Zamawiającego zostało wydane i złożone w sposób nieprawidłowy, a poręczyciel jest podmiotem, który powinien odpowiadać za zapłatę wadium w sposób tożsamy jak gwarant wystawiający gwarancję bankową lub ubezpieczeniową lub w sposób tożsamy jak wykonawca zabezpieczający swoją ofertę wadium w formie pieniężnej, podczas gdy ustawodawca wyraźnie rozróżnia

(i dopuszcza) ww. formy wnoszenia wadium, a Zamawiający nie wymusza takiej samej płynności dla tych form.

3. {ewentualnie z ostrożności procesowej} Art. 476 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że w przypadku gdy ustawa pzp nie określa terminu zapłaty wadium przez wykonawcę, termin taki nie istnieje i nigdy nie nadchodzi, pomimo faktu, że zgodnie z odesłaniem do przepisów Kodeksu cywilnego oraz regulacją art. 476 kc termin ten nadchodzi niezwłocznie po wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do zapłaty.
4. Art. 89 ust. 1 pkt. 7b pzp – przez jego błędna wykładnie, a w konsekwencji błędne zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że Mosty Katowice wniosły wadium w sposób nieprawidłowy, co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy pzp odrzucenia oferty Odwołującego.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewłaściwe uzasadnienie faktyczne oraz prawne odrzucenia oferty Mostów Katowice, co spowodowało, że Odwołujący nie ma pełnej wiedzy na temat tego, które treści zawarte w poręczeniu wadialnym spowodowały, że Zamawiający uznał wadium za wniesione nieprawidłowo.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie tego odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Mostów Katowice.
2. Z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przed rozpatrzeniem przez Izbę odwołania – unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Mostów Katowice.
4. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przed przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1.-4. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający określił w pkt 16 SIWZ następujące wymagania mające zastosowanie dla wadium wnoszonego w formie poręczenia:

16.1. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości: 50.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych)

16.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 45 ust 6 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy.

16.3. Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego i musi obejmować cały okres związania ofertą. Oryginał wadium, sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta, nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź”.

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

(...)

16.6. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem § 3 ust. 1 złożonego przez Mosty Katowice dokumentu poręczenia: Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność Poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej

w wysokości 50 000,00 zł.

Natomiast § 4 ust. 1 tego poręczenia ma następujące brzmienie: *Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3.*

Odwołujący zrelacjonował, że jedyna wątpliwość Zamawiającego związana z przedstawionym przez Mosty Katowice wadium w formie poręczenia dotyczyła brzmienia § 3 dokumentu poręczenia, z którego wywiódł on brak odpowiedzialności zobowiązanego (Odwołującego) do zapłaty wadium, warunkowość poręczenia (choć jednocześnie sam stwierdza, że w treści poręczenia mowa jest o jego bezwarunkowości), braku terminu do zapłaty wadium i w zakresie wymagalności (przy czym sam jednocześnie stwierdza, że wymagalność jest zależna od jego woli), co dorowadziło Zamawiającego do uznania, że poręczenie nie zabezpiecza go w taki sam sposób jak gwarancja czy wadium w pieniądzu. W dalszej części pisma Zamawiający zaprezentował poglądy Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do nieujęcia w treści gwarancji wadialnej wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium (choć nie miał zastrzeżeń w tym zakresie względem przedstawionego wadium). Wątpliwości Zamawiającego wzbudziły słowa „aktualnego”, „wymagalnego” oraz „w terminie”, jak również podmiot obowiązany do zapłaty wadium.

Odnosząc się do takiego stanowiska Zamawiającego Odwołujący podniósł, że postanowienie § 3 ust. 1 poręczenia tylko przytacza brzmienie art. 876 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”}, który stanowi, że przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.

W odniesieniu do kwestii, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienia:

- a) „aktualne” – zobowiązanie do zapłaty wadium powstaje (aktualizuje się) w sytuacjach opisanych w art 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy pzp, do których odniesiono się w § 1 *in fine* oświadczenia poręczyciela, czyli aktualność ta rozpoczyna się w momencie zaistnienia którejkolwiek z okoliczności wskazanych w tych przepisach ustawy pzp;
- b) „wymagalne” staje się powyższe zobowiązanie do zapłaty wadium już w momencie ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy pzp (np. w momencie niezłożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp czy w momencie odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego); termin „wymagalny” pojawia się w art. 120 kc

i zgodnie z doktryną przez wymagalność należy rozumieć stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Jest to stan potencjalny o charakterze obiektywnym, której początek następuje w chwili, gdy wierzytelność zostaje uaktywniona;

- c) „w terminie” – odnosi się więc do wskazanego powyżej momentu, w którym ziszcza się przesłanka do zatrzymania wadium (a więc np. wraz z upływem terminu na złożenie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP), innymi słowy termin ten kończy się wraz z terminem wyznaczonym przez Zamawiającego do dokonania jednej z czynności wskazanej w przepisach art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy pzp

– reasumując, treść § 3 ust. 1 poręczenia wskazuje jednoznacznie, że w przypadku, gdy wykonawca (Odwołujący) nie dopełni w terminie obowiązków wynikających z Prawa zamówień publicznych, skutkujących zatrzymaniem wadium, aktualne i wymagalne staje się roszczenie Zamawiającego o wypłatę wadium zabezpieczonego poręczeniem przez poręczyciela.

Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego w sprawie podmiotu zobowiązanego do zapłaty wadium Odwołujący stwierdził, że zgodnie z poręczeniem podmiotem tym jest poręczyciel, który zobowiązuje się do zapłaty wadium w przypadku niewykonania przez Odwołującego zobowiązania wynikającego z pzp, na co wskazuje również § 4 ust. 1 poręczenia.

Według Odwołującego skoro poręczyciel w treści § 4 ust. 1 poręczenia wskazuje i oświadcza jednoznacznie, że:

- a) *dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego* (a więc będzie podmiotem, który zapłaci wadium),
- b) *tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia* (a więc, że poręczenie nie może być w żadnym czasie odwołane przed końcem okresu, na jaki zostało udzielone),
- c) *bezw warunkowo* (a zatem zapłata nastąpi bez jakichkolwiek warunków stawianych Zamawiającemu, w szczególności bez konieczności uzasadniania żądania czy udowadniania zaistnienia przesłanek uprawniających do skierowania żądania zapłaty wadium),
- d) *na pierwsze żądanie* (a więc po otrzymaniu tego żądania, bez prowadzenia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego czy badania jakichkolwiek dokumentów i bez żądania przedstawiania jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów przez Zamawiającego)

– to poręczenie takie jest w pełni zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego i zabezpiecza go

w sposób pełny i przez niego wymagany.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 881 kc, zgodnie z którym poręczyciel odpowiedzialny jest względem wierzyciela jak współdłużnik solidarny, chyba że istnieje odmienne zastrzeżenie w treści poręczenia, i stwierdził, że w treści poręczenia nie ma takiego zastrzeżenia wskazującego na inny charakter odpowiedzialności poręczyciela, a wręcz przeciwnie, ponownie wskazując na § 4 ust. 1 oraz 2 (płatności na pierwsze żądanie, niezwłocznie po otrzymaniu wezwania do zapłaty wadium).

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 7 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1279/14, zgodnie z którym *warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniony jest w przypadku, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, tj. gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego żądania wypłaty kwoty, skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. Gwarancja straciłaby przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadnianej, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta.* Analogiczne stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku z 9 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 601 /14: *przy ocenie dokumentu gwarancji nic można pomijać znaczenia, jakie nadaje temu dokumentowi oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego kwoty wadium. Wypełnia ono istotę gwarancji bankowej określonej jako bezwarunkowa.*

W odwołaniu zrelacjonowano również, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że obowiązek zapłaty wadium obciąża poręczyciela, z kolei *Zobowiązany (oferent) nie ma terminu płatności, jak również oferent nie jest zobowiązany w żadnym terminie po złożeniu oferty do zapłaty wadium, a następnie, że w przypadku wadium jego wymagalność zależy jedynie od czynności Zamawiającego, stąd wymagalność nie powinna być warunkiem wypłaty przez Poręczyciela kwoty wadium.*

Odwołujący ponownie podniósł, że według niego, jak to oświadczył poręczyciel w § 4 ust. 1, poręczenie jest bezwarunkowe, stąd poręczyciel nie bada ewentualnej wymagalności roszczenia Zamawiającego, ale dokonuje bezwarunkowej wypłaty na jego pierwsze żądanie

Wychodząc od teoretycznoprawnych rozważań na temat charakteru wadium, Odwołujący wskazał, że to każdorazowo wykonawca jest podmiotem, którego zarówno pierwszorzędnie, jak i ostatecznie obciąża konieczność uiszczenia wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania:

- a) w przypadku zatrzymania wadium w postaci pieniężnej środki przekazane przez danego wykonawcę są zatrzymywane przez zamawiającego (przy czym nie sposób uznać, że

podmiotem zobowiązanym do zapłaty wadium jest bank przechowujący te środki, to jest bank prowadzący rachunek zamawiającego);

- b) w przypadku niepieniężnych form zabezpieczenia wadium kwota wadium wpłacana jest przed podmiot trzeci (gwaranta lub poręczyciela), natomiast każdy z tych podmiotów następnie zyskuje roszczenia regresowe, które zaspokoić zmuszony jest wykonawca, którego ofertę zabezpiecza poręczenie lub gwarancja)

Odwołujący wywiódł, że obowiązek zapłaty wadium każdorazowo będzie obciążał zarówno wykonawcę, jak i podmiot (gwaranta lub poręczyciela), który zobowiązał się do zapłaty wadium w zastępstwie wykonawcy.

Zgodnie z analizą pn. „Wadium w formie poręczeń” autorstwa Marty Mikulskiej-Nawackiej (opublikowano w programie LEX): *zgodnie z definicją zaczerpniętą z art. 876 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Na gruncie zamówień publicznych instytucje poręczenia obrazuje następująca definicja: jest to zobowiązanie poręczyciela względem wierzyciela (zamawiającego) do wykonania zobowiązania, w przypadku gdyby dłużnik (wykonawca) nie wykonał tego zobowiązania.* Według Odwołującego przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, jeśli Odwołujący na zapłaci samodzielnie wadium, odpowiedzialnym za zapłatę jest poręczyciel. Przy czym Zamawiający nie jest zobowiązany do uprzedniego wezwania Odwołującego do zapłaty (nie wynika to z treści poręczenia), ale to Odwołującemu powinno zależeć, aby zapłacić wadium w pierwszej kolejności, aby nie zaszła konieczność dokonania zapłaty przez poręczyciela.

Odwołujący powtórzył, że po zaistnieniu przesłanek zatrzymania wadium, kiedy roszczenie o zatrzymanie (wypłatę) wadium staje się wymagalne, zamawiający kieruje swoje roszczenie o wypłatę wadium do konkretnego podmiotu – banku prowadzącego jego rachunek bankowy (jeżeli wadium jest w pieniądzu), gwaranta lub poręczyciela. Zdaniem Odwołującego nie wyklucza to możliwości (a w związku z tymi zasadności) skierowania takiego roszczenia również do samego wykonawcy w przypadku poręczenia, mając na uwadze charakter tego zabezpieczenia (poręczyciel poręcza za cudzy dług).

Według Odwołującego nawet gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do terminu, w którym miałyby dojść do zapłaty wadium, skoro art. 476 kc stanowi, że jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony, termin ten nadchodzi niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela, to wezwanie do zapłaty wadium wraz ze wskazaniem terminu powoduje wyznaczenie terminu zapłaty.

Odwołujący wywiódł, że użyte w § 3 ust. 1 poręczenia sformułowanie *na wypadek*

gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie oznacza tylko i wyłącznie, że Odwołujący może samodzielnie dokonać zapłaty wadium (w dniu, w którym ziszczają się przesłanki do jego zatrzymania wskazane w art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy pzp). W takim przypadku poręczyciel nie jest zobowiązany do zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego, co wynika wprost z istoty tego zabezpieczenia (przywołany art. 876 § 1 kc).

Natomiast według Odwołującego słów „na wypadek” nie można utożsamiać ze słowami „pod warunkiem”, gdyż oznaczają one zupełnie inne sytuacje. Zamawiający nie jest zobowiązany żadnym warunkiem (nie musi niczego udowodniać, uzasadniać, kierować uprzednich wezwań i dołączać ich do żądania zapłaty od poręczyciela, itp.) i wynika to wprost z § 4 poręczenia, w którym mowa jest o bezwarunkowości poręczenia.

Z kolei zdaniem Odwołującego przez sformułowanie o niewykonaniu przez zobowiązanego (Odwołującego) zobowiązania w terminie poręczyciel dał wyraz jedynie temu, że chodzi o termin, w którym zobowiązanie do zapłaty wadium stało się wymagalne i nie zostało jeszcze przez wykonawcę (Odwołującego) zaspokojone na rzecz Zamawiającego (czyli Odwołujący nie dokonał samodzielnie zapłaty kwoty wadium).

Odwołujący zwrócił uwagę, że obowiązek zapłaty wadium (w związku z zobowiązaniem solidarnym) aktualizuje się jednocześnie w sferze prawnej zarówno Odwołującego, jak i poręczyciela. Nie może zaistnieć zatem sytuacja, w której Odwołujący nie będzie zobowiązany do zapłaty wadium, a poręczyciel do takiej zapłaty zobowiązany będzie. Oba zobowiązania solidarne (Odwołującego oraz Poręczyciela) powstają jednocześnie.

Niemniej jednak według Odwołującego nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający w obliczu wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium skierował do Odwołującego wezwanie do zapłaty kwoty wadium wraz z wyznaczeniem terminu, a w przypadku bezskutecznego jego upływu – zażądał zapłaty od poręczyciela. Nie może to być uznane za ograniczające możliwość Zamawiającego do zaspokojenia się z wadium, czy świadczące o warunkowości poręczenia, gdyż:

- a) poręczenie zostało udzielone na okres związania ofertą plus 1 miesiąc i jeden dzień na przesłanie odpowiedniego żądania do poręczyciela, co w zupełności zabezpiecza interesy Zamawiającego, nawet w przypadku gdyby przesyłał wezwanie do Odwołującego;
- b) w przypadku każdej form zabezpieczenia wadium istnieje konieczność wezwania jakiegoś podmiotu do zapłaty, czy to poprzez polecenie przelewu z własnego rachunku bankowego, czy to poprzez wezwanie do zapłaty gwaranta lub poręczyciela;
- c) obowiązek zachowania identycznej płynności (wskazany w SIWZ) dotyczył wyłącznie

gwarancji bankowych oraz ubezpieczeniowych (a zatem Zamawiający nie wymagał, aby poręczenia miały identyczną płynność jak wadium wpłacone w pieniądzu).

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego ponieważ uzasadnienie faktyczne oraz prawne odrzucenia jego oferty pomija wskazane powyżej w odwołaniu przepisy Kodeksu cywilnego, Zamawiający nie dokonał pełnej oceny prawnej złożonego zabezpieczenia wadialnego, jak również nie sprecyzował, jaka dokładnie treść poręczenia powoduje uznanie, że nie jest w pełni chroniony przez złożone zabezpieczenie wadialne w formie poręczenia. W szczególności Zamawiający nie wskazał ani jednego konkretnego przypadku, kiedy wadium złożone przez Odwołującego powoduje brak możliwości pełnego zaspokojenia roszczeń Zamawiającego ze złożonego wadium, a uzasadnienie poprzestaje jedynie na wskazaniu wątpliwości Zamawiającego, które nie są uzasadnione (o czym mowa powyżej). Natomiast Zamawiający stara się przyrównać poręczenie do gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, zapominając że są to dwie odrębne formy wnoszenia wadium, obie zaakceptowane przez ustawodawcę, na które Zamawiający samodzielnie w treści SIWZ nałożył odrębne obostrzenia co do ich treści.

W jednobrzmiącej odpowiedzi na odwołania z 15 października 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego z literalnie odczytywanej treści poręczenia wynika, że:

- jest to zabezpieczenie wniesienia przez wykonawcę wadium, a nie zabezpieczenie zapłaty na rzecz Zamawiającego przez poręczyciela kwoty wadium w wypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 ustawy pzp;
- poręczenie opiewa na okres po terminie składania ofert, pomimo że wadium ma zostać wniesione przez wykonawców najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

Zamawiający uznał za celowe wyjść od ustalenia istoty i funkcji, jakie wadium pełni na gruncie przepisów ustawy pzp. Ponieważ ustawa pzp nie zawiera definicji wadium, zasadne jest odwołanie się do art. 70⁴ § 1 kc, zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji lub przetargu powinien po rygorze niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty.

Według Zamawiającego z powyższego wynika, że istotą skutecznego wniesienia wadium (lub zabezpieczenia odpowiedniej sumy), jest umożliwienie zamawiającemu efektywnego, a co za tym idzie, mając na uwadze dynamikę postępowania, szybkiego (tj. w terminie obowiązywania wadium) zrealizowania swoich roszczeń w przypadku

wystąpienia okoliczności, które uzasadniają zatrzymanie wadium, bez konieczności jakiegokolwiek angażowania wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że na gruncie ustawy pzp również mowa jest nie „o zapłacie kwoty wadium” w wypadku ziszczenia się przesłanek, a o „zatrzymaniu wadium”, podobnie jak ustawa stanowi o „zwrocie wadium” (art. 46 ust. 1, ust. 4a, ust. 5). Wspomniane czynności zamawiającego dotyczą więc kwoty, która musi być uiszczona (podobnie jak zabezpieczenie jej zapłaty) przed otwarciem ofert. Zarówno więc wadium w gotówce, jak i w innych formach nie może być wnoszone, tak jak to jest w zakwestionowanych poręczeniach wadialnych przedłożonych przez Odwołujących, już po ziszczeniu się przesłanek z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, w ten sposób, że wykonawca miałby wtedy zapłacić kwotę w wysokości ustanowionego wadium w bliżej nieokreślonym terminie, a dopiero w wypadku, gdyby tego zobowiązania nie wykonał, możliwym byłoby skorzystanie z jednej z form bezgotówkowego zabezpieczenia zapłaty wadium.

Zamawiający w podsumowaniu powyższych rozważań stwierdził, że już samo przewidzenie w treści poręczenia wadialnego, że po wypełnieniu przesłanek zatrzymania wadium w pierwszej kolejności miałby oczekiwać, że Odwołujący I lub Odwołujący II zapłacą (wniosą) kwotę w wysokości ustalonego wadium lub zwracać się do nich, wyznaczając im odpowiedni termin do zapłaty tej kwoty, a realizacja wykonania tego obowiązku przez nich miałaby być dopiero zabezpieczona poręczeniem wadialnym, stanowi wypaczenie istoty i natury wadium.

Zamawiający powołał się na to, że jak wspomniał w uzasadnieniu odrzucenia ofert, żaden przepis ustawy pzp nie ustanawia zobowiązania wykonawcy do uiszczenia kwoty stanowiącej równowartość wadium (wniesienia wadium) po złożeniu i otwarciu ofert, gdyż wykonawca zobowiązany jest li tylko do wniesienia wadium najpóźniej do upływu terminu składania ofert (o czym stanowi art. 46 ust. 3 ustawy pzp). Stąd po stronie Zamawiającego nie można zidentyfikować jakiegokolwiek roszczenia o zapłatę niewniesionego w terminie składania ofert wadium, a tym samym nie ma on możliwości wyznaczenia wykonawcy terminu na spełnienie takiego obowiązku już po terminie składania ofert.

Zamawiający podniósł również, że wniesienie wadium nie jest tzw. zobowiązaniem bezterminowym, o którym mowa w art. 455 kc lub w art. 476 kc, które to przepisy stanowią, że w wypadku braku oznaczonego terminu na spełnienie świadczenia, wierzyciel (w tym wypadku zamawiający) może wyznaczyć dłużnikowi (w tym wypadku wykonawcy) termin na jego spełnienie, gdyż warunkiem zastosowania tych przepisów jest istnienie po stronie dłużnika zobowiązania do spełnienia danego świadczenia, którego to próżno szukać w opisanej sytuacji.

Na marginesie Zamawiający dodał, że powoływanie się na art. 476 kc, który to

przepis dotyczy zobowiązań wzajemnych, jest o tyle chybione, że wniesienie wadium takim zobowiązaniem wzajemnym nie jest (wniesieniu wadium nie odpowiada żadne ekwiwalentne świadczenie zamawiającego).

Resumując, skoro po stronie zamawiającego nie można identyfikować roszczenia o zapłatę niewniesionego w terminie składania ofert wadium, poręczenie zabezpieczające zapłatę takiego wadium tj. poręczające wniesienie wadium po terminie składania ofert, nie może zostać uznane za prawidłowe. W ocenie Zamawiającego w uzasadnieniach odwołań, w tym referując do poszczególnych elementów poręczenia wadium, w tym znaczenie użytych w nim określeń „aktualne”, „wymagalne”, „w terminie” Odwołujący mylą wniesienie wadium z podstawami do zatrzymania wadium.

Jednocześnie z przekonaniu Zamawiającego z powoływania się przez Odwołujących na treść art. 876 kc nie można wyprowadzić korzystnych dla nich wniosków, gdyż pomijają oni, że zgodnie z art. 14 ustawy pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W tym przypadku przepisami takimi są wspomniane już art. 45 i 46 ustawy pzp. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *Kodeksowe regulacje dot. umów w oparciu o które wadium jest udzielane winny doznawać pewnych ograniczeń po to, aby zamawiający w razie zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium, określonych w ustawie Pzp miał możliwość w każdej sytuacji zrealizować swoje prawo i obowiązek w tym zakresie. Nadto opierając się na ugruntowanych poglądach doktryny oraz linii orzeczniczej sądów i KIO stwierdzić należy i postanowienia ww. umów w zakresie wadium winny zawierać takie ustalenia, aby wadium wniesione w formie poręczenia, gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej miało taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu* (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 16 maja 2017 r. sygn. akt KIO 802/17 oraz 5 września 2017 r. sygn. akt KIO 1754/17). Tym samym, wykorzystanie instytucji poręczenia uwzględniać musi realia formalnoprawne dokonywania zabezpieczanej przez to poręczenie czynności uiszczenia wadium, które wniesione być musi przed terminem składania ofert.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wywiódł, że wbrew jego wymaganiu (aby poręczenie zawierało w swej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium, płatne na jego pierwsze żądanie), poręczenia wadium złożone przez Odwołujących zastrzeżone zostały pod warunkiem niewykonania przez wykonawcę zobowiązania do wniesienia wadium w terminie (jakkolwiek taki termin rozumieć), co – jak twierdzi Odwołujący II – mogłoby też

Sygn. akt: KIO 2338/20

KIO 2387/20

wymagać wyznaczenia wykonawcy terminu do zapłaty należności. Jak zauważył Zamawiający, ocena, że takie postanowienia poręczeń wadialnych ustanawiają niedopuszczalny w świetle przepisów art. 45 i 46 ustawy pzp warunek, wyrażona została także w powyżej przywołanych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołania podlegały odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący spełniają powyższe przesłanki, co nie było też kwestionowane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

{rozstrzygnięcie zarzutów wspólnych odwołań}

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że niezależnie od liczby wyszczególnionych zarzutów i wskazanych przepisów odwołania (IWY w całości, a Mostów Katowice w zakresie pkt 1.-4. listy zarzutów) dotyczą tej samej czynności, czyli odrzucenia przez Zamawiającego ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp, a zatem *de facto* jest to wspólny zarzut obu odwołań, oparty na okolicznościach faktycznych i prawnych podanych zbiorczo

w uzasadnieniu odwołań. Jak to trafnie ujął Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12: (...) *Zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów. Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (v: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7 października 2011 r. w sprawie KIO 2054/11).* Z tego względu Izba potraktowała te okoliczności jako składające się na jeden zarzut dotyczący tej czynności Zamawiającego.

Z pkt 16.3. Instrukcji dla wykonawców (stanowiącej tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wynika w szczególności wymaganie, aby poręczenie wadialne zawierało w swojej treści bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Według jednobrzmiącej treści „Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczyciela zapłaty wadium” Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „SRFP”, „Fundusz” lub „Poręczyciel”} udzielił poręczenia za zobowiązanie Wykonawcy {czyli każdego z Odwołujących odrębnie} wobec Zamawiającego do zapłaty w sytuacjach przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, przy czym wg:

- § 3 ust. 1 zd. 1 odpowiedzialność poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego powyżej określonego zobowiązania na wypadek, gdyby Wykonawca nie wykonał tego zobowiązania w terminie {czyli innymi słowy nie zapłacił wadium w terminie};
- § 4 ust. 1 poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3 {ściśle rzecz biorąc chodzi o § 3 ust. 3 określający wydłużony w stosunku do terminu związania ofertą – jak to określono – termin techniczny wyłącznie na wezwanie przez Zamawiającego poręczyciela do wykonania obowiązku realizacji poręczenia}.

Powyższe postanowienia zawarte w treści dokumentu złożonego Zamawiającemu, powinny być interpretowane w taki sposób, w jaki mógł je odczytać racjonalnie jako składające się na spójne oświadczenie woli jego adresat: poręczyciel uzależnił swoją odpowiedzialność od aktualności, wymagalności i niewykonania w terminie przez

wykonawcę swojego zobowiązania do zapłaty wadium, przy czym z tytułu wypłaty z tytułu tak skonstruowanego i nieodwołanego poręczenia zostanie dokonana bezwarunkowo i na pierwsze żądanie Zamawiającego.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego samo posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie” – jakkolwiek stanowiące pewną wskazówkę (por. wyrok z 10 lutego 2010 r. sygn.. akt V CSK 233/09) – nie ma znaczenia przesądzającego (por. wyrok z 27 marca 2013 r. sygn. akt I CSK 630/12), co należy również uznać za adekwatną wskazówkę przy interpretacji oświadczenia woli poręczyciela.

Innymi słowy w § 3 ust. 1 swojego oświadczenia poręczyciel *de facto* zastrzegł, że jego odpowiedzialność ma charakter subsydiarny w stosunku do odpowiedzialności wykonawcy, gdyż powstaje dopiero w sytuacji, gdy wykonawca opóźni się z zapłatą wadium, a zatem dopiero wtedy Zamawiający może skierować do poręczyciela wezwanie do zapłaty i oczekiwać, że bez spełniania jakichkolwiek innych warunków zostanie ono zaspokojone.

Brzmienie § 3 ust. 1 oświadczenia poręczyciela co prawda nawiązuje do definiującego istotę umowy poręczenia art. 876 § 1 kc – zgodnie z którym przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał – ale jednocześnie uzależnia powstanie odpowiedzialności poręczyciela od popadnięcia wykonawcy w opóźnienie z wykonaniem poręczonego zobowiązania, co należy rozpatrywać w kontekście art. 881 Kodeksu cywilnego – stanowiącym, że w braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny – jako właśnie odmiennie uregulowanie odpowiedzialności poręczyciela jako subsydiarnej w stosunku do odpowiedzialności wykonawcy.

W konsekwencji tak ukształtowana odpowiedzialność poręczyciela nie odpowiada wymaganiu Zamawiającego, aby poręczenie było bezwarunkowe, co należy interpretować m.in. jako oczekiwanie, że nie zostanie wprowadzone odstępstwo od wynikającej z art. 881 Kodeksu cywilnego zasady ponoszenia przez poręczyciela odpowiedzialności względem wierzyciela tak jak współdłużnik solidarny.

W piśmie z 5 października 2020 r. skierowanym do Mostów Katowice (na którym bazuje argumentacja jego odwołania) ŚRFP następująco wyjaśniono znaczenie zamieszczonego w § 3 ust. 1 oświadczenia stwierdzenia „na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie”:

W par. 3 ust. 1 Oświadczenia Poręczyciela słowa „na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie” znaczą tyle, że MK mogłyby wpłacić wadium

w tym samym dniu, w którym otrzymają informację o odrzuceniu ich oferty. A to zwalania Fundusz z obowiązku zapłaty wadium. I takie jest znaczenie tych słów. Jeżeli wykonawca wpłaci wadium, ale nie musi być uprzednio wzywany przez zamawiającego ani zamawiający nie musi niczego udowadniać poręczycielowi, to zobowiązanie poręczyciela wygaśnie. Słów „na wypadek” nie można utożsamiać ze słowami „pod warunkiem”, bo znaczą co innego. Poza tym w par. 4 Oświadczenia poręczyciel jednoznacznie wskazał, że oświadczenie o udzieleniu poręczenia jest bezwarunkowe, więc zamawiający nie może „kreować” warunków, które nie znalazły się w oświadczeniu {4. akapit pisma}.

Ostatnie słowa w par. 3 ust. 1 Oświadczenia „Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie”, odnoszą się do tego, że skoro wykonawca nie wpłaci wadium dobrowolnie bądź na wezwanie zamawiającego, to poręczyciel dokona zapłaty. Zwrot „w terminie” nie odnosi się do tego, że zamawiający musi wyznaczyć termin wykonawcy lub go wezwać do zapłaty, to nie jest konieczne, bo nie wynika z treści Oświadczenia. „W terminie” odnosi się do okresu, w którym roszczenie zamawiającego jest wymagalne i nie jest przedawnione. Należy zwrócić uwagę, że obowiązek zapłaty wadium przez poręczyciela jest równoznaczny z obowiązkiem zapłaty wadium przez wykonawcę. Nie może być tak, że wykonawca nie będzie miał obowiązku do zapłaty wadium, a poręczyciel będzie zobowiązany. Zobowiązanie poręczyciela do zapłaty wadium jest solidarne ze zobowiązaniem wykonawcy, oba zobowiązania powstają jednocześnie. Omawiany zwrot dotyczy sytuacji „o ile Wykonawca nie zapłaci wadium pierwszy”, ale nie można tego interpretować jako warunku, bo Oświadczenie go nie zawiera {7.akapit pisma}.

*W ocenie Izby Fundusz nie był w stanie przekonująco wyjaśnić, że jego odpowiedzialność na wypadek, gdyby wykonawca nie zapłacił wadium w terminie, w rzeczywistości nie oznacza, że wymagalność jego zobowiązania uzależniona jest od uprzedniego popadnięcia przez wykonawcę w opóźnienie z zapłatą wadium. W szczególności zwraca uwagę, że „termin”, o którym mowa w 3 ust. 1 oświadczenia raz rozumie jako termin do dokonania czynności prawnej polegającej na zaspokojeniu przez wykonawcę wymagalnego roszczenia Zamawiającego o zapłatę wadium. a w innym miejscu już jako okres, w którym roszczenie Zamawiającego jest wymagalne i nie jest przedawnione, co sugeruje, że chodzi mu o termin obowiązywania udzielonego zabezpieczenia (o którym mowa w § 3 ust. 3 oświadczenia). Pierwsza wersja *de facto* potwierdza, że wymagalność zobowiązania poręczyciela nie powstaje w tym przypadku równocześnie z wymagalnością zobowiązania wykonawcy, a dopiero następczo względem niej. Z kolei nie sposób utożsamiać niewykonania w terminie zobowiązania przez wykonawcę jako okresu, w którym roszczenie Zamawiającego względem poręczyciela jest wymagalne, gdyż co najwyżej*

upływu tego pierwszego terminu wyznacza moment początkowy okresu wymagalności roszczenia o zapłatę wadium względem poręczyciela (którego końcowy moment wyznacza upływ terminu ważności poręczenia), co ponownie prowadzi do konkluzji, że tak ukształtowana odpowiedzialność Poręczyciela nie jest równoległa do odpowiedzialności wykonawcy.

W oczywisty sposób nie może mieć znaczenia dla sprawy, czy i ile razy poprzednio inne oddziały GDDKiA nie dopatrzyły się w identycznie sformułowanych oświadczeniach tego samego poręczyciela nieprawidłowo wniesionego wadium.

Natomiast Zamawiający wykazał, że nie ma przeszkód, aby poręczyciel typu, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 299) w taki sposób, który nie podważa bezwarunkowości wniesionego w tej formie wadium (w złożonym na rozprawie oświadczeniu niemal identycznej treści postanowienia z § 4 ust. 1 nie podważa postanowienie z § 3 ust. 1, zgodnie z którym odpowiedzialność poręczyciela z tytułu udzielonego poręczyciela obejmuje spłatę wymagalnego zobowiązania wykonawcy wobec zamawiającego do zapłaty wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp).

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołania są niezasadne.

Zamawiający prawidłowo odrzucił oferty Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, gdyż wniesione przez nich wadium w formie poręczenia, jak to ustalono powyżej, nie było prawidłowe.

Wniesienie wadium można uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy może spełnić ono swoją funkcję zabezpieczającą. Art. 45 ust. 6 ustawy pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w takim samym stopniu zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być w równym stopniu egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Stąd za uprawnione i pożądane należy uznać zastrzeżenie przez zamawiających, jak to uczynił również Zamawiający w tym postępowaniu, że w przypadku niepieniężnych form wadium ze złożonych jako wykazanie wniesienia wadium dokumentów musi wynikać nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie udzielającego takiego zabezpieczenia podmiotu

do zapłaty wadium w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek jego zatrzymania określonych w przepisach ustawy pzp. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, po pierwsze – w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada, po drugie – w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie tych okoliczności, aby faktycznie było możliwe zaspokojenie roszczeń zamawiającego jako beneficjenta przez cały okres ważności wadium.

Podkreślenia wymaga, że wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany dokumentu ustanawiającego zabezpieczenie wadium czy dodatkowe oświadczenia jego wystawcy, niemające oparcia w treści pierwotnie sporządzonego dokumentu, nie mogą sanować błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń zamawiającego, przesądzając tym samym o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to z tego, że: po pierwsze – oferta od początku i nieprzerwanie musi być zabezpieczona wadium, po drugie – to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty, po trzecie – dopuszczenie naprawiania wad w formie niepieniężnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców (o której mowa w art. 7 ust. 1 pzp) oraz art. 45 ust. 3 pzp, który wprost stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że co prawda od strony określenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego przytoczona powyżej treść oświadczenia poręczyciela nie budzi żadnych zastrzeżeń. Co do zakresu podmiotowego wprost z niej wynika bowiem, że zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego udzielane jest w związku ze złożeniem w prowadzonym przez niego konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty przez każdego z Odwołujących. Odnośnie zakresu przedmiotowego za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać stanowisko, że treść dokumentu składanego jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków uprawniających zamawiających do żądania wypłaty od jej wystawcy w sposób będący dosłownym powtórzeniem brzmienia przepisów art. 46 ust. 4 a i ust. 5 pzp.

Natomiast wadliwość poręczeń przedłożonych przez Odwołujących polega na ewidentnym ograniczeniu bezwarunkowości i natychmiastowości, zwłaszcza w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu, możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium, z uwagi na zastrzeżenie, że poręczyciel dokona zapłaty dopiero po popadnięciu przez

wykonawcę w opóźnienie z zapłatą wadium.

Jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego (z powołaniem się na wypowiedzi Sądu Najwyższego) w odniesieniu do art. 881 Kodeksu cywilnego [K. Osajda (red.), Tom III B. *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, Warszawa 2017]:

Jeżeli w umowie poręczenia inaczej nie postanowiono, poręczyciel jest odpowiedzialny względem wierzyciela tak jak współdłużnik solidarny. Odpowiedzialność poręczyciela względem wierzyciela nie jest zatem uzależniona od uprzedniego podjęcia przez wierzyciela działań zmierzających do uzyskania świadczenia od dłużnika. Nie jest ona odpowiedzialnością subsydiarną, ale równorzędną z odpowiedzialnością dłużnika.

*1. Zasadniczo poręczyciel ponosi odpowiedzialność względem wierzyciela tak jak współdłużnik solidarny. W umowie poręczenia można jednak odmiennie ukształtować odpowiedzialność poręczyciela (zob. wyr. SN z 20.5.2015 r., I CSK 574/14, Legalis oraz M. Bączyk, *Przegląd orzecznictwa 2015*, cz. II, s. 52–53). Może ona przybrać np. postać odpowiedzialności subsydiarnej, która pojawia się dopiero po bezskutecznej egzekucji z majątku dłużnika, dopełnieniu przez wierzyciela innych aktów staranności zmierzających do uzyskania zaspokojenia z majątku dłużnika, popadnięcia dłużnika w zwłokę, uzyskania zgody dłużnika na skorzystanie z poręczenia itp. Wierzyciel może też zostać zobligowany do przedłożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających dopełnienie tych dodatkowych czynności albo wskazujących na powstanie stanu opóźnienia lub zwłoki po stronie dłużnika. Na wierzyciela nałożyć można również obowiązek uprzedniego podjęcia prób uzyskania zaspokojenia z innych zabezpieczeń danej wierzytelności. Odpowiedzialność poręczyciela może też zostać uzależniona od zawiadomienia go o opóźnieniu dłużnika lub od uprzedniego wezwania poręczyciela do dobrowolnego spełnienia świadczenia. Ewentualnie pojawi się ona dopiero po upływie określonego terminu od wystąpienia tych lub innych wskazanych w umowie zdarzeń. Można także ustalić, że dłużnik i poręczyciel odpowiadają solidarnie albo też wyłączyć stosowanie do poręczyciela wszystkich lub niektórych przepisów o solidarności dłużników [*

*2. Przyjętego w art. 881 KC modelu odpowiedzialności poręczyciela nie należy utożsamiać z odpowiedzialnością solidarną. Do odpowiedzialności poręczyciela znajdują zastosowanie tylko te przepisy o solidarności dłużników, które nie są sprzeczne ze stosunkiem poręczenia (zob. M. Sychowicz, w: *Gudowski, Komentarz*, 2013, Ks. III, cz. 2, art. 881, Nb 1). Wytoczenie powództwa przeciwko poręczycielowi nie przerywa biegu przedawnienia roszczenia przeciwko dłużnikowi wierzytelności zabezpieczonej poręczeniem (wyr. SN z 4.12.2008 r., I CSK 212/08, Legalis).*

3. *Odpowiedzialność poręczyciela pojawia się najwcześniej w chwili wymagalności długu, za który udzielono poręczenia. Do powstania odpowiedzialności poręczyciela nie jest dodatkowo konieczne dokonanie zawiadomienia, o którym mowa w art. 880 KC (zob. Z. Radwański, w: System PrPryw, t. 8, 2011, s. 580–581, Nb 134; przeciwny pogląd prezentuje L. Ogiegło, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. II, art. 881, Nb 2). Dopuszczalne jest jednak umowne określenie chwili pojawienia się odpowiedzialności poręczyciela, a także uzależnienie odpowiedzialności poręczyciela od uprzedniego zawiadomienia go o zaistniałym opóźnieniu dłużnika.*

4. *Zgodnie z art. 881 KC odpowiedzialność poręczyciela polega na tym, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia zarówno od dłużnika, jak i od poręczyciela. Taki stan trwa aż do całkowitego zaspokojenia wierzyciela.*

Jak to powyżej ustalono, w tym przypadku poręczyciel skorzystał z możliwości odmiennego uregulowania swojej odpowiedzialności w stosunku do zasady wynikającej z przywołanego przepisu Kodeksu cywilnego, który ma charakter dyspozytywny, co jednak negatywnie rzutuje na prawidłowość ustanowionego w taki sposób zabezpieczenia wadialnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5. listy zarzutów odwołania Mostów Katowice}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W piśmie z 11 września 2020 r. Zamawiający zawarł następujące uzasadnienie decyzji o odrzuceniu ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp:

Istotą wadium jest zabezpieczenie oferty Wykonawcy złożonej w postępowaniu.

Powszechnie w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie przyjmuje się, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Artykuł 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w zapisach SIWZ, w której w punkcie 16.3. IDW zapisano, że wadium wniesione w formie gwarancji lub poręczenia musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie

nie może być utrudnione. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada.

Zarówno do oferty nr 1 jak i do oferty nr 2 dołączono Oświadczenie Poręczyciela (Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o.) o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium.

Zgodnie z art. 876 KC § 1. Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. § 2. Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie.

Poręczyciel w przedłożonym oświadczeniu wskazał, że jest jednym z podmiotów, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572). Wobec czego jest uprawniony do udzielania poręczeń wadialnych.

Wątpliwości Zamawiającego budzi brzmienie 3 oświadczenia o poręczeniu, który stanowi, że: „Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność Poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 50 000,00 zł.”

W tym przypadku nie mamy do czynienia z zobowiązaniem Zobowiązanego, ale zobowiązaniem podmiotu poręczającego. Zobowiązany (Oferent) nie ma terminu płatności, lecz sam dokument poręczenia jest zobowiązaniem Wystawcy do zapłaty sumy odpowiadającej wysokości wadium w przypadku ziszczenia się określonych w ustawie Pzp przesłanek. Przedłożony dokument poręczenia wadialnego pomimo tego, że w swojej treści wskazuje, że jest nie warunkowe, to w § 3 stawia warunki, gdyż obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie.

Oferent nie jest zobowiązany w żadnym terminie po złożeniu oferty do zapłaty wadium, stąd warunek ten jest nieprawidłowy i nie spełnia warunków określonych w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie dokument ten posługuje się pojęciem wymagalne, w przypadku wadium jego wymagalność zależy jedynie od czynności Zamawiającego, stąd wymagalność nie powinna być warunkiem wypłaty przez Poręczyciela kwoty wadium.

Zamawiający zatrzymuje wadium w przypadkach określonych w art. 46 ustawy Pzp, tj. ust. 4a. (...) {przycięcie brzmienia art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp}

Sygn. akt: KIO 2338/20

KIO 2387/20

Biorąc powyższe pod uwagę trudno mówić tutaj o wymagalności czy o terminie dla Oferenta czy Poręczyciela, od którego zobowiązany jest Poręczyciel spełnić świadczenie w postaci zapłaty wadium.

Jak wskazano wyżej, poręczenie wadialne powinno gwarantować taki stopień zabezpieczenia Zamawiającego, jak gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa lub środki przekazane w pieniądzu.

Z komentarza do art. 45 ustawy Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok: 2020, Wydanie: 12): „W przypadku wadium wnoszonego w innej formie niż pieniężna wymagane jest, by treść dokumentu wadialnego uwzględniała wymagania zamawiającego, o ile zostały określone w SIWZ. Wymagania te powinny być sformułowane w sposób pozwalający na zatrzymanie kwoty wadialnej w pełnej wysokości w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności określonych art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl. Zarówno gwarancje, jak i poręczenia muszą bowiem dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy.

Dokumenty wadialne muszą dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta lub poręczyciela powstaje obowiązek zapłaty. Nie ma przy tym konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów PrZamPubl, dopuszczalne jest odesłanie do ich numerów, ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, np. odpowiedniego fragmentu SIWZ. Odesłanie to musi mieć jednak charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (por. SO w wyr. z 11.7.2013 r., X Ga 189/13, niepubl.).

Obowiązek wskazania w treści dokumentów wadialnych wszystkich przesłanek zatrzymania wadium znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie KIO i wywodzony jest z samodzielnego i abstrakcyjnego (wobec zobowiązania podstawowego) charakteru gwarancji wadialnych. Dla przykładu w wyr. KIO z 17.3.2015 r. (KIO 422/15, Legalis), Izba wskazała, że nieobjęcie zakresem gwarancji jednej z okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego. 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 zlecniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań.

Tożsame stanowisko i ocenę zawarto m.in. w wyr. KIO z: 13.1.2017 r. (KIO 2489/16, Legalis); 10.8.2016 r. (KIO 1363/16, Legalis), 9.3.2015 r. (KIO 311/15, Legalis), w których

Izba podkreśla, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego i od niego niezależnym, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 PrZamPubl należy uznać za nieprawidłowe”.

W ocenie Zamawiającego przedłożony dokument poręczenia wadialnego nie zabezpiecza w pełni jego interesów, w stopniu odpowiadającym gwarancji bankowej lub wpłaconych środków w pieniądzu bezpośrednio do Zamawiającego. Zwrócić uwagę należy na sprzeczność w jego treści, gdyż w § 4 wskazano, że Poręczyciel dokonana zapłaty bezwarunkowo, a w § 3 wskazano, że poręczenie jest udzielane na wypadek niezapłacenia przez Oferenta kwoty wadium w terminie, w sytuacji, gdy taki obowiązek nie wynika z ustawy Pzp. O zakresie odpowiedzialności poręczyciela i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Treść przedłożonego dokumentu poręczenia budzi wątpliwości, a zatem nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego.

Należy podkreślić, że poręczenie nie podlega uzupełnieniu, ponieważ nie jest dokumentem na potwierdzenie spełnianych warunków udziału w postępowaniu. Wadium nie jest częścią oferty, stanowi jedynie jej zabezpieczenie. Konsekwencją powyższego jest fakt, że Zamawiający nie ma podstaw do wyjaśniania lub poprawiania tego dokumentu.

Z powyżej zrelacjonowanej treści odwołań wynika, że Odwołujący byli w stanie wskazać nie tylko przepisy, których naruszenie zarzucają Zamawiającemu, ale i przedstawić szczegółowe uzasadnienie obejmujące okoliczności faktyczne i prawne, które miałyby wskazywać na nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp. W szczególności odwołanie Mostów Katowice zawiera nawet dwie wersje argumentacji, w tym podniesioną – jak to określono – wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia zapatrywania odmiennego, które zdaje się prezentować Zamawiający (choć nie daje temu wyrazu w informacji o odrzuceniu oferty, stąd poniższe wyjaśnienia opierają się jedynie na domysłach Odwołującego...), która jednak faktycznie również stanowi polemikę

z uzasadnieniem podanym przez Zamawiającego.

Reasumując, Izba ustaliła, że Zamawiający podał uzasadnienie decyzji o odrzuceniu ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp, które obejmowało wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych obrazujących, na czym polegała nieprawidłowość wniesionego wadium w formie poręczenia, a Odwołujący mieli w pełni możliwość zakwestionowania tej decyzji, z czego skorzystali.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zamawiający nie naruszył art. 92. ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż dopełnił wynikającego z tego przepisu obowiązku niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym Odwołujących, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołujących tymi kosztami, na które złożyły się uiszczone przez nich wpisy oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy (odrębnie do każdej ze spraw).