

Sygn. akt: KIO/UZP 239/10

WYROK
z dnia 25 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Jolanta Markowska
Anna Packo

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Batiments et Ponts Construction S.A., Ba-070 Bruksela, Chaussee de la Hulpe 166** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli** protestu z dnia 1 lutego 2010r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Qumak-Sekom S.A., Jacques Delens S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Batiments et Ponts Construction S.A., Ba-070 Bruksela, Chaussee de la Hulpe 166**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Batiments et Ponts Construction S.A., Ba-070 Bruksela, Chaussee de la Hulpe 166,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Batiments et Ponts Construction S.A., Ba-070 Bruksela, Chaussee de la Hulpe 166.**

U z a s a d n i e n i e

Publikacja Ogłoszenia o zamówieniu nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod poz.: 2009/S 231-331314w dniu 01.12.2009r.

Przedmiotem zamówienia jest: Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli (zamówienie publiczne nr 11-84-7/2009 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego).

Zamawiającym jest: Stałe Przedstawicielstwo Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej w Brukseli Av. de Tervueren 282 -284
1150 Bruksela Belgia.

Odwołującym jest: Batiments et Ponts Construction S.A. Chaussee de la Hulpe 166B-1070 Bruksela.

Przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest Konsorcjum wykonawców:

1. Qumak-Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94 , 00-807 Warszawa oraz
2. Jacques Delens S.A. Avenue du Col-Vert 1; B-1170 Bruksela

Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu sprzed dnia 29 stycznia 2010 r. (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”), w związku z art. 4 ust. 1 Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz. 1778).

W dniu 12 lutego 2010 r. zostało złożone odwołanie od rozstrzygnięcia protestu Wykonawcy. Podstawę wniesienia protestu stanowiła czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą.

Protest został wniesiony pismem z dnia 29 stycznia 2010r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezprawne wykluczenie Wykonawcy z Postępowania oraz bezprawne uznanie oferty Wykonawcy za odrzuconą. Odwołujący wskazał, że powyższa czynność Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 PZP.

Odwołujący we wniesionym proteście i odwołaniu żądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy z Postępowania i czynności uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą;
2. przeprowadzenia powtórnej oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym w szczególności przeprowadzenie oceny oferty Wykonawcy,
3. ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czynność wykluczenia Odwołującego miała miejsce w dniu 22 stycznia 2010 r. z powodu stwierdzenia przez Zamawiającego nie wniesienia w sposób prawidłowy i skuteczny wadium. Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania poinformował, że z treści gwarancji przetargowej nr 80912-50433-89, wystawionej w Brukseli dnia 9 grudnia 2009 r. przez BNP PARIBAS FORTIS nie wynika, iż przedmiotowa gwarancja zabezpiecza ofertę z tytułu wszystkich okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP i uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami.

Według Odwołującego z treści Gwarancji wynika, że bank PNB PARIBAS FORTIS nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje Zamawiającemu wypłatę w maksymalnej wysokości 300 000 EUR (trzysta tysięcy Euro) na pierwsze żądanie Zamawiającego.

Gwarancja nie zawiera w swojej treści żadnych ograniczeń co do okoliczności, w jakich wypłata powyższej kwoty mogłaby zostać dokonana.

Treść Gwarancji jest zatem szersza niż wymagał tego Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Gwarancja uprawnia bowiem Zamawiającego do otrzymania od BNP PARIBAS FORTIS gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie z jego strony, nie tylko w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Nie ulega wątpliwości, że tak szeroki zakres Gwarancji uprawnia Zamawiającego do otrzymania gwarantowanej sumy także w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Treść Gwarancji umożliwia Zamawiającemu skuteczne wyegzekwowanie zwrotu wadium od Odwołującego, a w szczególności umożliwia mu zaspokojenie się w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. W związku z powyższym, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że w treści Gwarancji nie wskazano żadnych okoliczności skutkujących powstaniem po stronie Zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający ma prawo do otrzymania gwarantowanej sumy (a tym samym prawo do zatrzymania wadium) na jego pierwsze żądanie. Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w ściśle określonych okolicznościach, wymienionych w art. 46 PZP, a brak ich przytoczenia w treści Gwarancji nie wyłącza możliwości otrzymania przez Zamawiającego wypłaty gwarantowanej sumy w powyższych okolicznościach. Jak już wspomniano, zakres Gwarancji jest szeroki, a jedyną przesłanką do dokonania wypłaty na podstawie Gwarancji jest pisemne żądanie Zamawiającego. Zamawiający, jako podmiot związany przepisami PZP może złożyć taki wniosek wyłącznie w przypadkach określonych w PZP. W przypadku zaistnienia takich okoliczności Zamawiający będzie mógł żądać od BNP PARIBAS FORTIS realizacji Gwarancji, a BNP PARIBAS FORTIS będzie miał obowiązek dokonać wypłaty gwarantowanej sumy. Należy zatem stwierdzić, że Odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy i skuteczny.

Odwołujący zaznaczył, że przywoływane w rozstrzygnięciu protestu wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 12.03.2008 r. Sygn. KIO/UZP 167/08, wyrok z dnia 10.08.2009 r. Sygn. KIO/UZP983/09, wyrok z dnia 20.01.2009 r. Sygn. KIO/UZP19/09, wyrok z dnia 10.09.2009 r., Sygn. KIO/UZP 1193/09 oraz wyrok z dnia 23.01.2009 r. Sygn. KIO/UZP62/09) dotyczyły innego stanu faktycznego i prawnego, to jest sytuacji, kiedy dokument gwarancji świadczący o wniesieniu wadium, wyraźnie wskazywał okoliczności dające możliwość zaspokojenia roszczeń zamawiającego z tytułu gwarancji, a nie obejmował innych wyraźnie wskazanych w PZP lub w SIWZ.

Gwarancja bankowa przedstawiona przez Zamawiającego, której zakres obejmuje wszelkie okoliczności związane z potencjalnymi roszczeniami Zamawiającego w związku przedmiotowym postępowaniem, w tym w szczególności bezwarunkową zapłatę w sytuacji wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP, w żadnych okolicznościach nie stwarza takiego ryzyka.

Swoim zakresem obejmuje więc wszelkie roszczenia Zamawiającego związane z przedmiotowym postępowaniem. Należy zaznaczyć, że Gwarancja nie może być kwestionowana przez Zamawiającego, tylko z tego powodu, iż poza okolicznościami wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP, zabezpiecza także inne potencjalne roszczenia, czego Zamawiający wyraźnie nie żądał.

„bankowi znana była treść dokumentacji przetargowej, a więc że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów PZP, oraz że znane są mu sytuacje, w których gwarancja będzie mogła być zrealizowana (odwołanie w treści specyfikacji do art. 46 ust. 4a lub 5 PZP).

Należy także zaznaczyć, że interpretacja treści Gwarancji dokonana przez Zamawiającego jest sprzeczna nie tylko z PZP, ale także ze wspólnotową zasadą swobody przepływu usług, określoną w art. 56 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zgodnie z tym artykułem, ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż Państwo odbiorcy świadczenia. Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, stosowane środki, nawet jeżeli są stosowane w takim samym zakresie do obywateli danego Państwa Członkowskiego, jak do obywateli innych Państw Członkowskich, mogą stanowić ograniczenie swobody przepływu usług. W rzeczywistości, takie środki mogą nakładać bowiem dodatkowy ciężar na usługodawców z innych Państw Członkowskich (C-288/89 Gouda [1991] ECR 1-4007, par. 12). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia stanowiła jedynie, że z gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego. Jest oczywiste, że zagraniczny przedsiębiorca nie musiał wyinterpretować z powyższego opisu, że dla skutecznego ustanowienia gwarancji wadialnej konieczne było wyraźne zacytowanie w jej treści okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP. Co więcej, taki opis nie budził wątpliwości interpretacyjnych Odwołującego, będącego przedsiębiorcą mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim niż Zamawiający, które uzasadniałyby zwrócenie się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie przedmiotowego zapisu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zapis ten był natomiast zupełnie inaczej interpretowany przez przedsiębiorców mających siedzibę w Polsce, takich jak Qumak-Secom, członka konsorcjum, którego oferta została wybrana, dla których było oczywiste, że gwarancja powinna zawierać zacytowanie odpowiednich przepisów PZP. W związku z powyższym należy uznać, że tak formalistyczna interpretacja treści Gwarancji dokonana przez Zamawiającego stanowiła naruszenie swobody przepływu usług oraz dyskryminację przedsiębiorców pochodzących z innych krajów niż Polska. Zamawiający powinien był

zażądać wprost od wykonawców zawarcia w treści gwarancji wadialnych wymienienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP albo, w przypadku wątpliwości co do treści złożonych gwarancji, dać im możliwość wykazania, że gwarancja obejmuje również okoliczności określone w art. 46 ust. 4a lub 5 PZP. Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, swoboda przepływu usług może być ograniczona jedynie wówczas jeżeli jest to uzasadnione zasadami związanymi z koniecznością ochrony interesu publicznego, stosowanymi w odniesieniu do wszelkich podmiotów wykonujących działalność w Państwie Członkowskim, w którym usługi są świadczone, o ile interes publiczny nie jest chroniony przez zasady, którym podlega podmiot świadczący usługi w Państwie Członkowskim swojego pochodzenia (C-76/90 [1991] ECR I-4221, par. 15). Należy podkreślić, że Odwołujący w zakresie Gwarancji podlega zasadom swojego macierzystego Państwa Członkowskiego - Belgii. W Belgii prawa zamawiających domagających się przedstawienia gwarancji wadialnych są chronione poprzez stosowanie międzynarodowych standardów dotyczących gwarancji, w tym wystawiania gwarancji płatnych bezwarunkowo i nieodwoalnie na pierwsze wezwanie. Należy uznać, że interes Zamawiającego jest dostatecznie chroniony w przedmiotowej sprawie przez prawo belgijskie. Dodatkowo, należy zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości kroki podejmowane w celu ochrony interesu publicznego muszą być proporcjonalne (zob. sprawy połączone C-369 oraz 376/96 Arblade [1999] ECR I-8453, par. 35). Zaprzeczenie skuteczności Gwarancji (bezwarunkowej, nieodwoalnej i płatnej na pierwsze wezwanie) jest środkiem nieproporcjonalnym, w stosunku do chronionego interesu.

Zamawiający rozstrzygając protest w dniu 03.02.2010r. przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III. 1-1 Wymagane wadia i gwarancje jak również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w art. 8 Wadium zastrzegł, że:

„W przypadku wnoszenia wadium w innych formach z treści dokumentu wadialnego powinno wynikać:

1. termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą,
2. bezwarunkowe i nieodwoalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy prawo zamówień publicznych na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego."

Bezspornym jest fakt, że w treści owego dokumentu nie wskazano żadnych okoliczności skutkujących powstaniem po stronie Zamawiającego prawa do zatrzymania wadium.

Tym samym nie wynika z jego treści, jak tego żądał Zamawiający „bezwartunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy prawo zamówień publicznych na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego”. Przedstawiona Zamawiającemu gwarancja nie spełnia zatem wymagań ściśle określonych zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym nie spełnia roli dokumentu wadium tj. nie zabezpiecza oferty złożonej przez Wykonawcę zgodnie z przepisami polskiego prawa obowiązującego w niniejszym postępowaniu - Prawa zamówień publicznych, jak i Prawa bankowego.

Instytucję gwarancji bankowej normuje art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, który przez gwarancję bankową każe rozumieć jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) wymaganych 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. O zobowiązaniu banku - gwaranta decyduje zatem treść gwarancji złożonej beneficjentowi - Zamawiającemu, przy czym zleceniodawca gwarancji - wykonawca powinien zlecić bankowi udzielenie gwarancji o treści żądanej przez zamawiającego. Jak już wyżej wskazano, treść ta została bardzo precyzyjnie określona przez Zamawiającego w pkt III. 1.1 ogłoszenia o zamówieniu i art. 8 SIWZ.

Wedle panującego w doktrynie poglądu funkcja gwarancji (ubezpieczeniowej, bankowej) polega na dostarczeniu beneficjentowi niewątpliwego oraz łatwo realizowalnego zabezpieczenia spełnienia świadczenia przez zindywidualizowanego dłużnika (wykonawcę). Cel ten osiąga się wówczas, gdy przesłanki aktualizacji obowiązku gwaranta są łatwe do spełnienia i umożliwiają jego niezwłoczną realizację (tak A. Koch [w:] System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań - część szczegółowa. Tom 8 Warszawa 2004r.). Jednym z elementów przedmiotowo istotnych dla treści gwarancji jest rezultat zabezpieczony gwarancją. Ryzyko niezaspokojenia Zamawiającego ocenia się zatem na podstawie treści gwarancji. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego rezultat, jaki zabezpiecza gwarancja wynika z przepisów ustawy. Tym samym jednym z warunków gwarancji wadium powinno być uprawnienie do jej zrealizowania w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Treść gwarancji winna wyraźnie obejmować hipotezę art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Słuszność powyższego stanowiska potwierdza orzeczenie KIO Sygn. KIO/UZP167/08, wyrok z dnia 12.03.2008r. „Gwarancja bankowa winna określać warunki zapłaty przez bank - gwaranta świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji. Przesłanki zatrzymania wadium (wraz z odsetkami) zostały określone w art. 46 ust. 4 a i 5 Pzp. Postanowienia w tym

zakresie, zarówno SIWZ, jak i gwarancji bankowej winny być co do treści zgodne z tym przepisem (przycząca treść tego przepisu, bądź na ten przepis wskazywać), winny być jednoznaczne i nie budzić wątpliwości".

Obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie w pierwszej kolejności prawidłowości i skuteczności wniesienia wadium. Wadium ma rolę zabezpieczającą udział Wykonawcy w postępowaniu i skutkiem złożenia wadliwego dokumentu w tym zakresie jest uznanie, że zaistniała wada skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie także i w orzecznictwie sądów powszechnych, m.in. w wyroku SO we Wrocławiu z dnia 29 września 2008r. X Ga260/08. W ocenie składu orzekającego złożona w celu zabezpieczenia oferty Konsorcjum gwarancja nie odpowiadała zapisom SIWZ i nie stanowiła właściwego zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego, a zatem Zamawiający powinien w toku badania ofert uznać, iż wadium nie zostało wniesione, a Wykonawcę wykluczyć z postępowania.

Pismem z dnia 17.02.2010r. odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie wywodząc i wnosząc jak w proteście.

W dniu 23.02.2010r. Odwołujący złożył odpowiedź na pismo Zamawiającego wnosząc i wywodząc jak w proteście i odwołaniu.

z tytułu wszystkich okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP i uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami w następujących okolicznościach:

- jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, lub pełnomocnictw, chyba, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- 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.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba stwierdziła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów dotychczasowych to jest ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, ale w brzmieniu sprzed dnia 29 stycznia 2010 r. (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), z uwagi na treść art. 4 ust. 1 Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223 poz. 1778).

Izba na posiedzeniu stwierdziła również, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanek formalnych i prawnych przewidzianych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę cenowo oraz najkorzystniejszą co do terminu wykonania zamówienia, a w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznałby uszczerbku.

W przypadku potwierdzenia się zarzutów co do naruszenia przepisów ustawy Pzp odwołanie podlegałoby uwzględnieniu na podstawie art.191 ust.1a ustawy Pzp, z uwagi na ich wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2010r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.4 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, a w konsekwencji tej czynności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.24 ust.4 ustawy Pzp zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Decyzję Zamawiającego podjętą w dniu 22 stycznia 2010 r. Odwołujący oprotestował w dniu 29 stycznia 2010r. domagając się jej unieważnienia i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący następnie w dniu 12 lutego 2010r. wniósł odwołanie, w związku z oddaleniem protestu wykazując, że gwarancja wadialna wystawiona przez FORTIS BANQUE S.A. Gwarancje bankowe CPB Południe, Place Xavier Neujean 8 w 4000 LIEGE w dniu 9 grudnia

2009r. na rzecz Zamawiającego, gwarantuje Zamawiającemu jej wypełnienie na każde wezwanie i to bez podania jakichkolwiek okoliczności.

Według Odwołującego gwarancja ma szerszy zakres niż gwarancja jakiej oczekiwał Zamawiający, określając jej treść w Ogłoszeniu i SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący reprezentuje stanowisko, że nie umieszczenie w gwarancji wadialnej zapisu wskazującego na treść art.46 ust.4a i 5 ustawy Pzp nie powoduje, że w sytuacji ziszczenia się okoliczności opisanych w art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp Zamawiający nie uzyska wypełnienia gwarancji wadialnej, skoro jej zakres jest szerszy i nieograniczony żadnymi okolicznościami.

Natomiast Zamawiający w toku postępowania odwoławczego reprezentował stanowisko, iż zgodnie z pkt III.1.1. Ogłoszenia i art.8 SIWZ określił, że w przypadku wniesienia wadium w innej formie niż forma pieniężna to w treści dokumentu stanowiącego poręczenie lub gwarancję wadialną należy wskazać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art.46 ust.4a i 5 ustawy Pzp.

Przeciw argumentacji Odwołującego, podnoszonej na rozprawie, a sprowadzającej się do twierdzenia, że w prawie belgijskim nie ma możliwości określenia w gwarancji bankowej okoliczności, w których następuje realizacja wadium z uwagi na to, że w tym prawodawstwie funkcjonuje gwarancja abstrakcyjna czyli bez podania okoliczności skutkujących jej realizacją, Zamawiający wskazał dowód w postaci gwarancji wystawionej przez KBC Bank Head Office Foreign Trade gwarancja przetargowa 726-6334733-34 z dnia 18 grudnia 2009r. dla WILLEMEN GENERAL CONTRACTOR NV, Boerenkrijgstraat 133, B-2800 Mechelen do przedmiotowego postępowania, gdzie wskazano okoliczności z art.46 ust.4a i 5 ustawy Pzp. Ponadto Bank z siedzibą w Brukseli poddał gwarancję prawu polskiemu ("Niniejsza gwarancja podlega prawu polskiemu").

Izba zważywszy argumentacje zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego orzekła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie w szczególności podnosił, że zgodnie z obowiązującym jego prawem belgijskim gwarancje wadialne mają charakter abstrakcyjny, co jest równoznaczne z tym, że w treści gwarancji wadialnej niedopuszczalne są zapisy wskazujące na okoliczności, w których uprawniony z gwarancji ma prawo żądać wypełnienia przez bank

zobowiązania pieniężnego wynikającego z gwarancji. Bowiem według twierdzenia Odwołującego gwarancje wadialne są realizowane bez wskazania okoliczności powodujących wezwania do realizacji zobowiązania z gwarancji.

Powyższe wywody Odwołującego w ocenie Izby nie potwierdziły się, w związku z przedstawieniem w poczet dowodów na rozprawie przez Zamawiającego gwarancji innego banku z siedzibą w Belgii (KBC BANK NV, Havenlaan 2, B-1080 w Brukseli), który do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wystawił gwarancję przetargową spełniającą wymogi SIWZ Zamawiającego to jest w treści dokumentu gwarancyjnego znajdują się między innymi następujące zapisy :

“zgodnie z warunkami przetargu, Oferent zobowiązany jest dostarczyć Państwu przetargową gwarancję bankową na kwotę 300.000 euro na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty zawierające oświadczenie, że

I. oferta Oferenta została wybrana oraz, że

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

lub

- II. Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynika to z przyczyn leżących po jego stronie.

Powyższa treść przywołanej gwarancji wadialnej bankowej wskazuje na to, że twierdzenie Odwołującego o niemożności w myśl prawa belgijskiego wypełnienia zapisów odpowiadających treści wskazanych w pkt III.1.1. Ogłoszenia i art. 8 SIWZ nie znajduje potwierdzenia, ponieważ w tym samym czasie i w tym samym obowiązującym prawodawstwie inny podmiot wypełnił treść wymaganą przez Zamawiającego w wystawionym dokumencie gwarancji wadialnej bankowej.

Ponadto w ocenie Izby z treści argumentacji zawartej w proteście i w odwołaniu wynika, że z jednej strony Odwołujący wskazuje, że Zamawiający uzyska realizację zobowiązania pieniężnego bez wskazania jakichkolwiek okoliczności lub bez względu na wskazane okoliczności, a z drugiej strony Odwołujący wskazuje, że Zamawiającego obowiązują reguły

ustawy Prawo zamówień publicznych, które ograniczają Zamawiającego do żądania wypłaty z gwarancji tylko i wyłącznie do okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Na powyższą ocenę wskazują między innymi następujące fragmenty protestu i odwołania:

1. „Treść Gwarancji jest zatem szersza niż wymagał tego Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Gwarancja uprawnia bowiem Zamawiającego do otrzymania od BNP PARIBAS FORTIS gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie z jego strony, nie tylko w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP.”
2. „Jak już wspomniano, zakres Gwarancji jest szeroki, a jedyną przesłanką do dokonania wypłaty na podstawie Gwarancji jest pisemne żądanie Zamawiającego. Zamawiający, jako podmiot związany przepisami PZP może złożyć taki wniosek wyłącznie w przypadkach określonych w PZP. W przypadku zaistnienia takich okoliczności Zamawiający będzie mógł żądać od BNP PARIBAS FORTIS realizacji Gwarancji, a BNP PARIBAS FORTIS będzie miał obowiązek dokonać wypłaty gwarantowanej sumy.”

W związku z powyższym Izba uznała, że tak niekonsekwentne stanowisko Odwołującego w proteście i w odwołaniu co do okoliczności uprawniających Zamawiającego do żądania realizacji gwarancji to jest bez konieczności wskazania okoliczności, ale z ograniczeniem do okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, wskazuje już na etapie procedury postępowania odwoławczego, że interes prawny Zamawiającego w realizacji przedmiotowej gwarancji jest niejednoznaczny wobec takiej argumentacji Odwołującego podnoszonej na okoliczność wniesionego protestu i odwołania.

Reasumując Izba, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału wywodzi, że zapis w SIWZ o treści:

„W przypadku wnoszenia wadium w innych formach z treści dokumentu wadialnego powinno wynikać:

1. termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą,
2. bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy prawo zamówień publicznych na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego.”,

jednoznacznie wskazuje na oczekiwania Zamawiającego co do treści dokumentu gwarancji wadialnej to jest z treści jego powinno wynikać między innymi „zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy prawo zamówień publicznych” oraz wymóg taki nie narusza żadnych praw wykonawców zarówno podmiotów krajowych jak i zagranicznych, w szczególności gdy warunek co do podania w dokumencie okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika z treści Ogłoszenia i SIWZ.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie wskazanie żadnych okoliczności, których spełnienie uruchamia prawo Zamawiającego do żądania wypłaty kwoty zabezpieczonej w oświadczeniu o gwarancji bankowej nie oznacza, że Zamawiający będzie miał prawo bez podania wystąpienia jakichkolwiek okoliczności zażądania wypłaty z gwarancji.

Tym samym Odwołujący nie wykazał, że gwarancja będzie spełniona przez Bank w sytuacji nie podania jakichkolwiek okoliczności uzasadniających jej żądanie .

Tym bardziej, że Odwołujący w swoich wywodach prawnych w proteście i w odwołaniu sprowadza odpowiedzialność z gwarancji do okoliczności sformułowanych w art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, wbrew twierdzeniom Odwołującego, żądanie Zamawiającego co do treści gwarancji w zakresie przywołania okoliczności wymienionych w art.46 ust.4a i 5 ustawy Pzp oraz czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty nie stanowiło naruszenia przepisów wskazanych w proteście i w odwołaniu to jest art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt 4, art.24 ust.4 oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy Pzp zasądzając koszty Urzędu Zamówień Publicznych z tytułu postępowania przez Krajową Izbą odwoławczą zgodnie z sentencją Wyroku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....