

WYROK

z dnia 17 listopada 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2014 r. przez wykonawcę Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie przy ulicy Królewskiej 1/7, 00-909 Warszawa przy udziale wykonawcy Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie przy ulicy Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę komputerów przenośnych i tabletów dla resortu obrony narodowe. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 kwietnia 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 070-120222.

3 azdziernika 2014 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania.

3 listopada 2014 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu (w zakresie części nr 2) oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od: czynności wyboru oferty wykonawcy TECHSOURCE Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo (zwana dalej: Techsource) jako najkorzystniejszej; wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy; zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił: naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców oraz bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący wniósł wymagane wadium; naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Techsource jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty; unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w części nr 2. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu

przedmiotowego zamówienia, w tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie dokonałby czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Przez dokonanie kwestionowanej czynności, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia w części nr 2 (oferta Odwołującego jest bowiem ofertą z najniższą ceną) oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców oraz bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący wniósł wymagane wadium, Odwołujący wskazał:

Jak wynika z uzasadnienia zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 22 października 2014 r., powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania było wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której treść nie odpowiadała istotnym postanowieniom gwarancji przetargowej (wadialnej) stanowiącej Załącznik Nr 7 do SIWZ. Zamawiający w tym zakresie wskazał, iż Odwołujący lub Gwarant samodzielnie dokonał zmian polegających na:

- a) *usunięciu w § 1 i list 2 istotnych postanowień gwarancji, zobowiązania Gwaranta do bezwarunkowej wypłaty wadium;*
- b) *dodaniu w § 2 ustępu 2 w brzmieniu „Każda zapłata dokonana przez nas w związku z Gwarancją pomniejsza nasze zobowiązanie o opłaconą kwotę”;*
- c) *dodaniu w § 4 ustępu 4 w brzmieniu „do żądania zapłaty załącza się: w przypadku podpisania żądania przez Szefa Inspektorat Uzbrojenia, kopię decyzji lub kopię odpisu decyzji Ministra Obrony Narodowej o wyznaczeniu na stanowisko Szefa Inspektoratu Uzbrojenia, zaś w przypadku innej osoby, pełnomocnictwo lub inne stosowne upoważnienie. Na potrzeby Gwarancji, kopie zostaną poświadczone za*

zgodność 2 oryginałem przez radcę prawnego Beneficjenta".

Odwołujący jedynie na marginesie zwraca uwagę, iż w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający powołuje się na „§ 2 ustęp 2”, tymczasem prawidłowo powinien odwołać się do „§ 2 ustęp 3” gwarancji.

Odwołujący odniósł się do poszczególnych, wskazanych powyżej, różnic pomiędzy gwarancją przetargową Nr 90/2014-150/2013/BY wystawioną w dniu 14.08.2014 r. (zwaną dalej „Gwarancją”) przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie (zwane dalej „Gwarantem”) a wzorem gwarancji wadialnej stanowiącej Załącznik Nr 7 do SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż dodanie w § 2 ust. 3 oraz § 4 ust. 4 Gwarancji cytowanych wyżej postanowień nie stanowi wprowadzenia jakichkolwiek warunków zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego. O tym, iż postanowienia te nie powodują wady wniesionego przez wykonawcę wadium przesądził bowiem sam Zamawiający. Mianowicie, Zamawiający dokonując oceny prawidłowości wniesienia wadium przez Odwołującego całkowicie pominął modyfikację treści SIWZ dokonaną pismem z 30.06.2014 r. znak V/7797/14. W piśmie tym Zamawiający poinformował o zmianie m.in. treści załącznika Nr 7 do SIWZ, przekazując wykonawcom zmodyfikowany załącznik „Istotne Postanowienia Gwarancji Przetargowej (Wadium)”.

Odwołujący podkreśla, iż Gwarancja złożona Zamawiającemu w postępowaniu uwzględnia modyfikacje dokonane przez Zamawiającego i jest wprost zgodna z Jego postanowieniami, o których mowa w pkt 3 lit. b) oraz c) pisma z dnia 22 października 2014 r. Nie ulega więc najmniejszej wątpliwości, że złożona przez Odwołującego Gwarancja stanowi prawidłowo wniesione wadium w postępowaniu.

Następnie, odniesienia wymaga podnoszona przez Zamawiającego w pkt 3 lit. a) pisma z dnia 22 października 2014 r. okoliczność usunięcia z § 1 ust. 2 Gwarancji słowa „bezw warunkowo”. Okoliczność, iż w § 1 ust. 2 Gwarancji nie występuje słowo „bezw warunkowo” jest bezsporna pomiędzy stronami, jednak zdaniem Odwołującego nie oznacza w żaden sposób, iż udzielona Gwarancja utraciła przymiot bezwarunkowości. Wręcz przeciwnie, analiza treści Gwarancji złożonej Zamawiającemu wskazuje, iż realizacja przez Zamawiającego Gwarancji i zatrzymanie wadium są jak najbardziej możliwe bez spełniania jakichkolwiek warunków, bynajmniej nie takich, których zabroniłby Zamawiający w treści SIWZ.

Odwołujący w pierwszej kolejności podkreśla, iż treść przygotowanego przez Zamawiającego Załącznika Nr 7 do SIWZ stanowi jedynie wzór gwarancji. Nie oznacza to, iż

każda gwarancja przetargowa składana przez wykonawcę i różniąca się od wzoru przewidzianego przez Zamawiającego wywołuje skutek w postaci uznania wadium za nie wniesione.

Odwołujący wskazał, że brak jest możliwości wykluczenia wykonawcy tylko z tego powodu, że treść gwarancji wadialnej nie odpowiada treści SIWZ. Wadium, wnoszone w formach przewidzianych w ustawie, nie stanowi bowiem treści oferty przetargowej i nie może być oceniane na zasadach określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy. Najistotniejszym bowiem pozostaje okoliczność, czy wniesione przez wykonawcę wadium spełnia cele określone w ustawie (możliwość zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy) oraz czy nie zawiera żadnych dodatkowych warunków zapłaty, których Zamawiający nie dopuścił w treści SIWZ.

W tym zakresie należy mieć na względzie wyrok z dnia 30 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1779/11, gdzie „(...) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych wyżej przepisów, jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc, nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (ad 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym

samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy.”

Odwołujący podkreślił, iż w treści Gwarancji złożonej Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu Gwarant nie wprowadził jakichkolwiek dodatkowych warunków zapłaty wadium ponad wymagania, które zostały wskazane przez samego Zamawiającego w § 4 wzoru gwarancji przetargowej (wadium). Odwołujący zwraca uwagę, iż w § 2 ust. 1 Gwarancji znajduje się jednoznaczne zobowiązanie do zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego w przypadkach określonych w ustawie. Następnie, w § 4 Gwarancji opisany został tryb realizacji kwestionowanej przez Zamawiającego Gwarancji, który nie przewiduje jakichkolwiek zabronionych przez Zamawiającego warunków realizacji Gwarancji - opisany w Gwarancji tryb realizacji jest wprost zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Wreszcie, kolejnym dowodem - być może najistotniejszym w sprawie - wskazującym na prawidłowe wniesienie wadium przez Odwołującego, jest brzmienie § 2 ust. 2 Gwarancji, zgodnie z którym wypłata żądanej kwoty wadium nastąpi bez konieczności przedstawiania przez Beneficjanta dowodów, podstaw lub powodów żądania, poza oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1 § 2 Gwarancji. Przywołany fragment Gwarancji, jak również pozostałe postanowienia tej Gwarancji, świadczą jednoznacznie o tym, iż udzielona Gwarancja jest bezwarunkowa.

W odniesieniu do przywołanego brzmienia Gwarancji zasadne jest wskazanie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2756/12, zgodnie z którym *„Gwarancja bankowa, co jest niewątpliwe, to jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta) do świadczenia pieniężnego po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) wymaganych warunków zapłaty sumy podanej w wystawionym dokumencie (gwarancji) w przypadku, gdyby wykonawca określonego zobowiązania nie wykonał. Gwarancja bankowa stanowiąca wadium powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie. Gwarancja jest gwarancją bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania, gdyż jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taka właśnie wypłat.”*

W związku z powyższym, za pozbawione podstaw faktycznych i prawnych należy uznać zaprezentowane w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego twierdzenia Zamawiającego, jakoby dokonane zmiany w treści Gwarancji *usunęły atrybut jej bezwarunkowości, co uniemożliwia żądanie bezwarunkowej wypłaty wadium*. Raz jeszcze Odwołujący podkreśla, iż poza zasadami realizacji Gwarancji opisanymi w § 4 tej Gwarancji, wyraźnie i jednoznacznie akceptowanymi przez Zamawiającego, a tym samym nie stanowiącymi w

ocenie Zamawiającego warunków wypłaty wadium, złożona przez Odwołującego Gwarancja nie zawiera absolutnie żadnych warunków, jakie muszą być spełnione przez Zamawiającego do realizacji zapłaty z tytułu wadium. W konsekwencji należy uznać, iż w świetle postanowień Gwarancji Zamawiający ma zapewnioną możliwość bezwarunkowej wypłaty wadium na Jego rzecz.

W zakończeniu omawianego zarzutu Odwołujący jedynie z ostrożności wskazuje na ogólne twierdzenia zaprezentowane przez Skład Orzekający w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 968/09, zgodnie z którymi *„Bank-gwarant wystawiający przedmiotową gwarancję, jak wynika z jej treści zapoznał się okolicznościami jej wystawienia, tzn. znał cel wnoszenia wadium i rodzaj roszczeń, które zabezpiecza. Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje ustawy Prawo bankowe czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż bank wystawił przedmiotową gwarancję w dobrej wierze, tzn. zobowiązał się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności.”*

Podsumowując, niezależnie od zaprezentowanej już powyżej argumentacji, Odwołujący wskazuje, iż wykluczenie go z postępowania tylko z uwagi na usunięcie z Gwarancji słowa „bezwarunkowo” jest przejawem nadmiernego formalizmu postępowania.

Tymczasem, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 23 lutego 2007 r. X Ga 23/2007/za *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu”*.

Nawet bez literalnego przywołania w gwarancji słowa „bezwarunkowo”, gwarancja wadialna może być bezwarunkowa. Taka sytuacja ma właśnie miejsce w odniesieniu do Gwarancji Odwołującego, która naszym zdaniem posiada niewątpliwie przymiot bezwarunkowej.

Jednocześnie, prezentując argumentację „odwrotną”, samo umieszczanie w treści jakiegokolwiek gwarancji przetargowej (wadialnej) słowa „bezwarunkowo” nie przesądza automatycznie o bezwarunkowości udzielonej gwarancji. Wielokrotnie bowiem w postępowaniach o udzielenie zamówienia zdarza się, że wystawiona gwarancja z jednej strony zawiera w sobie stwierdzenie „bezwarunkowo”, z drugiej zaś wprowadza w innym miejscu dokumentu gwarancji warunki jej realizacji, jakie dodatkowo muszą być spełnione w celu realizacji zapłaty wadium. Jednym z przykładów, z jakimi spotkał się Odwołujący w praktyce, była sytuacja, w której w gwarancji bankowej zostało wskazane słowo „bezwarunkowo” a następnie w dalszej treści gwarancji zostały zawarte następujące postanowienia, cyt.: *„Gwarant nie odpowiada z Gwarancji, gdy oferent nie wypełnił swoich*

zobowiązań wynikających z Oferty z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności: wskutek wojny, wojny domowej, aktów terroryzmu, rebelii, zamieszek, powstania, konfiskaty wojennej, nacjonalizacji, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego, rekwizycji przez wszelką władzę, działania energii jądrowej, skażenia radioaktywnego lub innego zdarzenia o cechach klęski żywiołowej”

Tego typu postanowienia stanowią o warunkowości gwarancji wadialnej i powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Co ważne, dodatkowe warunki związane z możliwością zapłaty wadium na rzecz zamawiającego zostały ujęte w treści gwarancji wadialnej.

W tym miejscu wskazać należy na orzeczenie z dnia 7 maja 2012 r. sygn. akt KIO 842/12, KIO 849/12, w którym Izba stwierdziła, iż „*Wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez odwołującego, wymagań określonych we wskazanych przepisach ustawy Pzp i postanowień SIWZ, nie można interpretować wyłącznie jako wystarczalność zamieszczenia w tekście gwarancji określenia „bezwarunkowa”. Gwarancja bankowa jako czynność prawna, winna być oceniana na podstawie całkowitej swojej treści. Niezbędne było zatem ustalenie, czy w treści gwarancji występują jakiegokolwiek dodatkowe wymagania lub warunki, wymagane dla skutecznego pozyskania kwoty wadium. W ocenie Izby, z treści omawianych gwarancji można wywieść, że prawo do zaspokojenia się z niej, uzależnione jest od spełnienia dodatkowych warunków, mianowicie - aby wykonawca wygrał przetarg. Możliwość żądania kwoty wadium odnosi się bowiem do wykonawcy; którego oferta została wybrana. Skoro w treści gwarancji ograniczenia takie występują, to mimo, że gwarancja płatna jest „na pierwsze pisemne żądanie” na podstawie żądania zapłaty i oświadczenia beneficjenta, że zaszły zdarzenia uzasadniające zatrzymanie wadium, to zachodzą podstawy do przyjęcia, że gwarancja ma charakter warunkowy.”*

II.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Techsource jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, Odwołujący stwierdza, że przedmiotowy zarzut jest przede wszystkim konsekwencją bezpodstawnego, zdaniem Odwołującego, wykluczenia go z postępowania. W sytuacji, gdy wadium Odwołującego należy uznać za prawidłowe i brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, Zamawiający zobowiązany jest „uchylić” wybór oferty Techsource jako najkorzystniejszej i w efekcie tego dokonać wyboru oferty Odwołującego.

Odnosząc się dodatkowo do zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, Odwołujący jedynie tytułem przykładu wskazuje,

iż w Formularzu Ofertowym Techsource wykonawca ten, w stosunku do wzoru Zamawiającego określonego jako Załącznik Nr 3 do SIWZ, usunął punkt 1 o treści „Dostawę przedmiotu zamówienia, w pełnym zakresie określonym dla Części nr... w załączniku nr 1 do SIWZ, zrealizujemy za łączną wartość:".

Także inny wykonawca - KOMSA Polska Sp. z o.o., w treści Załącznika Nr 3 Formularz Oferty nie zastosował się do wzoru Zamawiającego i nie wskazał numeru oraz daty publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, jak również nie złożył oświadczenia w zakresie powierzenia bądź nie realizacji części zamówienia podwykonawcy (pkt 10 Formularza Oferty).

Odwołujący podkreśla jednak, iż powyższe okoliczności nie są podnoszone przez Odwołującego jako uchybienia skutkujące odrzuceniem którejkolwiek z tych ofert jako nie odpowiadających treści SIWZ (a dokładnie wzorom formularzy wprowadzonym przez Zamawiającego), lecz mają za zadanie pokazać, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu akceptuje sytuację, w której wykonawca składa dokumenty zawierające w swej treści odstępstwa od wzorów ustalonych przez Zamawiającego. Opisane powyżej przykłady dobitnie pokazują iż możliwe jest skuteczne i poprawne złożenie oferty przetargowej w oparciu o formularze nie w pełni odpowiadające wzorom Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 listopada 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego (dowód nr 1) oświadczenie TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z dnia 12 listopada 2014 roku

Zamawiający w dniu 14 listopada 2014 roku złożył pismo z dnia 12 listopada 2014 roku
Odpowiedź na odwołanie.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie przy ulicy Piłsudskiego 13, 05-120 Legionowo W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 5 listopada 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 6 listopada 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszone przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dokumentacji postępowania do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł Załącznik nr 7 – Istotne Postanowienia Gwarancji Przetargowej (Wadium).

Postanowienia tego załącznika zostały zmienione – uzupełnione przez upublicznienie Wyjaśnień oraz zmian SIWZ, pismo z 30 czerwca 2014 roku, gdzie na stronie trzeciej tego pisma Zamawiający wskazał, że ulega zmianie między innymi treść załącznika nr 7 do SIWZ a zmodyfikowany załącznik stanowi integralną część SIWZ należy go uwzględnić przy przygotowywaniu oferty. W stosunku do pierwotnego brzemienia załącznika nr 7 Zamawiający uzupełnił go przez dodanie:

w § 2 ust. 3 - Każda zapłata dokonana przez nas w związku z Gwarancją pomniejsza nasze zobowiązanie o opłaconą kwotę, oraz

w § 4 pkt 4 - do żądania zapłaty załącza się: w przypadku podpisania żądania przez Szefa Inspektorat Uzbrojenia, kopię decyzji lub kopię odpisu decyzji Ministra Obrony Narodowej o wyznaczeniu na stanowisko Szefa Inspektoratu Uzbrojenia, zaś w przypadku innej osoby, pełnomocnictwo lub inne stosowne upoważnienie. Na potrzeby Gwarancji, kopie zostaną poświadczone za zgodność 2 oryginałem przez radcę prawnego Beneficjenta.

Odwołujący złożył Gwarancję Przetargową Nr 90/2014-150/2013/BY (Wadium) wystawioną w dniu 14 sierpnia 2014 r przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (zwane dalej „Gwarantem”).

W § 1 ust. 2 ww. gwarancji wadialnej brak jest wskazania: „bezwarunkowo”, co nie jest sporne między Stronami postępowania.

Izba zważyła:

Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ Zamawiający podał, sprecyzował w sposób jasny i przejrzysty jakie postanowienia mają znajdować się w gwarancji wadialnej, którą wykonawcy będą zabezpieczać złożone oferty w postępowaniu. Załącznik do SIWZ stanowi integralną część specyfikacji i wymagania zawarte w załączniku wiążą wykonawców w taki sam sposób jak postanowienia zawarte w SIWZ.

W zakresie wskazanej przez Zamawiającego modyfikacji postanowień gwarancji wadialnej dokonanej przez Odwołującego a polegającej na wprowadzeniu do jej treści postanowień zawartych w § 2 ust. 3 oraz w § 4 pkt 4 wskazać należy, że postanowienia te są zgodne z wymaganiami Zamawiającego wprowadzonymi w dniu 30 czerwca 2014 roku. W tym

zakresie zakres informacji zawarty w gwarancji wadialnej zgodny jest z wymaganiami Zamawiającego.

W Gwarancji Przetargowej Nr 90/2014-150/2013/BY (Wadium) wystawionej w dniu 14 sierpnia 2014 r. przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (zwane dalej „Gwarantem”) nie została zawarta a wymagana przez Zamawiającego klauzula „bezw warunkowo” (brak w § 1 ust. 2 ww. gwarancji wadialnej w stosunku do wzoru gwarancji i brak w pozostałej treści gwarancji).

Zaznaczyć należy, że obecnie gwarancja ubezpieczeniowa nie jest regulowana co do zakresu informacji a stanowi specyficzną, ukształtowaną głównie przez praktykę czynność ubezpieczeniową znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody kształtowania zobowiązań (art. 353¹ k.c.). W piśmiennictwie podkreśla się, że treść gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza – Zamawiającego) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego (Paweł Banasik „Definicja i formy wadium w zamówieniach publicznych). Wskazać należy na podnoszone w piśmiennictwie, z uwagi na specyfikę zobowiązania jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, że treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni liberalnej, elastyczne.

Niespornym jest zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie, że Zamawiający może określić w SIWZ swoje wymagania w odniesieniu do treści gwarancji ubezpieczeniowej (jak również gwarancji bankowej), co jest zasadne z uwagi na wcześniej wskazany brak regulacji w zakresie ustawowych wymagań co do treści gwarancji.

Wskazać należy na uchwałę Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów mającą moc zasady prawnej z 16 kwietnia 1993 roku (sygn. akt. III CZP 16/93), na którą w trakcie rozprawy powołał się uczestnik postępowania odwoławczego. Zgodnie sentencją *Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie ” „Bezw warunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.*

W uzasadnieniu ww. uchwały wskazano między innymi: *W przedstawionym do rozstrzygnięcia zagadnieniu prawnym chodzi o umowę gwarancji opatrzoną klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie”. Redagując tego rodzaju umowy gwarancyjne używa się przykładowo takich słów, jak: „Gwarantujemy bezwarunkowo...”, albo jeszcze precyzyjniej i dokładniej „gwarantujemy zapłacić bezwarunkowo na pierwsze żądanie... (beneficjenta), bez względu na jakiegokolwiek ewentualne sprzeciwy ze strony...*

(zleciodawcy gwarancji)". Wśród różnego rodzaju umów gwarancyjnych bankowych umowy gwarancyjne opatrzone wymienionymi klauzulami mają coraz częściej zastosowanie w praktyce. Łączy się to z rozwojem międzynarodowego obrotu handlowego, z potrzebą pozyskania przez banki jak największej klienteli i większego wpływu środków pieniężnych. Umowy te stanowią pewien typ nadrzędności w stosunku do innych gwarancji bankowych. Uwzględniając to, że banki specjalizują się w działalności gwarancyjnej i są na ogół stroną lepiej zorientowaną w kształtowaniu warunków umowy, jak również dla zapobieżenia kształtowania niekorzystnych dla beneficjenta warunków umowy, wprowadzono omawiane klauzule. Użycie w umowie klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostreniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika. „Bezwarunkowy” charakter jego odpowiedzialności wyłącza możliwość jej uzależnienia od warunku; „nieodwołalność” w połączeniu z uzgodnieniem terminu ważności stabilizuje stosunek gwarancji. Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji bankowej polega m.in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta, lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia swoich roszczeń.

Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.

Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, że Zamawiający miał prawo określić w SIWZ wymagania w zakresie treści gwarancji a wykonawca składający ofertę obowiązany był zabezpieczyć ofertę gwarancją wadialną (w przypadku, gdy wybrał taką formę wniesienia wadium), której treść będzie zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. Uwzględniając uchwałę Sądu Najwyższego, jak również postanowienia SIWZ wprowadzające do gwarancji ubezpieczeniowej (analogicznie do bankowej) klauzulę bezwarunkowości, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że gwarancja ubezpieczeniowa nie zawierająca tej klauzuli spełnia wymagania Zamawiającego. Jednoznacznie wskazał Sąd Najwyższy Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od

stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Wynika z tego jednoznacznie, że klauzula bezwarunkowości musi być zawarta w gwarancji aby spełniała swoje zadanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Doniosłość znaczenia klauzuli bezwarunkowości zawarta jest również w wyżej przytoczonej sentencji uchwały. Gwarancja wadialna zawierając w swej treści między innymi klauzulę bezwarunkowości realizuje cel owej gwarancji tj. eliminację ryzyka beneficjenta gwarancji uprawnionego do otrzymania zapłaty.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). W rozpoznawanej sprawie (dowód nr 1) oświadczenie TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z dnia 12 listopada 2014 roku przedstawione przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą nie zawiera żadnych warunków zapłaty wadium nie potwierdziło zawarcia w treści gwarancji klauzuli bezwarunkowości. Natomiast dowody złożone przez Zamawiającego przy piśmie procesowym nie wniosły do sprawy informacji właściwych dla jej rozpoznania, bowiem nie obrazują w całości problemu realizacji uprawnień z gwarancji na jaką w tych dokumentach powołuje się Zamawiający (gwarancja inna niż stanowiąca przedmiot sporu).

Tym samym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

