

**WYROK**

**z dnia 4 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 4 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 kwietnia 2021 r. przez **wykonawcę Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy ANTEA POLSKA S.A. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Odwołującego: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** kwotę **3 600 zł 00 gr.**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – **TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji projektu pn. „Budowa kotłowni szczytowo-rezerwowej w TAURON Ciepło Sp. z o.o., Zakład Wytwarzania Bielsko-Biała Elektrociepłownia Bielsko - Północ EC-2”

W dniu 22 kwietnia 2021 roku wykonawca Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Odwołujący”) w prowadzonym postępowaniu wniósł odwołanie w oparciu o art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”) w związku z przekazaniem w dniu 12 kwietnia 2021 r. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, gdyż, gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami Pzp, to oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i podlegałaby dalszej ocenie. Cena oferty Odwołującego była najniższa spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Uwzględnienie odwołania spowoduje, iż Odwołujący będzie miał realną szansę na uzyskanie

Odwołanie wniesiono w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że wymagania dotyczące wadium Zamawiający określił w pkt 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”).

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Odwołujący nie zgadza się z dokonaną przez Zamawiającego czynnością. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję w następujący sposób:

*„Oferta Wykonawcy ZAKŁADY POMIAROWO-BADAWCZE ENERGETYKI ENERGOPOMIAR sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b) PZP,*

zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) i zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 22.12.2020r.

Zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zgodnie z zapisami punktu 4.3.2.2. Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i powinno zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze pisemne Żądanie Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP.

Wykonawca - ZAKŁADY POMIAROWO-BADAWCZE ENERGETYKI ENERGOPOMIAR sp. z o.o. wniósł wadium w postępowaniu w formie Gwarancji Ubezpieczeniowej nr PO/00962244/2021 z dnia 01 marca 2021 r. wraz z Aneks nr 1 do tej Gwarancji z dnia 04 marca 2021 r.

Podczas badania treści w/w dokumentu wadialnego stwierdzono, że gwarancja wadialna Wykonawcy zawiera przesłanki zatrzymania wadium przez Zamawiającego odnoszące się do nowego stanu prawnego obowiązującego od dnia 01.01.2021r. czyli ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) m.in. o treści:

„5. Żądanie zapłaty z Gwarancji winno zawierać oświadczenie, iż:

- 1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub
  - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub;
- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana lub;
- 3) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z późn. zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub

*oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej", natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest wg ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).*

*Dla oceny roszczenia Zamawiającego przez Gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale Zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego Gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame lub oparte są na innej podstawie prawnej niż wskazanej w treści gwarancji, Gwarant może uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 PZP spełnia funkcję zabezpieczającą, co dla Zamawiającego rodzi ryzyka w postaci możliwości braku wypłaty wadium, w razie skierowania do wystawcy gwarancji stosownego żądania.*

*Przedłożona przez Wykonawcę gwarancja nie spełnia swego celu, albowiem w każdym przypadku niezastnienia przesłanek wynikających ze wskazanych w niej warunków wypłaty Zamawiający nie będzie uprawniony do żądania wypłaty świadczenia, gdyż zgodnie z przepisami według których procedowane jest postępowanie ma obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zaś zgodnie z zapisami dokumentu wadialnego (gwarancji ubezpieczeniowej) musiałby wezwać wykonawcę do uzupełnienia na podstawie w art. 107 ust. 2 lub art. 128ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.*

*Powyższe wskazuje na to, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkuje odrzuceniem oferty."*

*Odwołujący zaznaczył, że podstawową funkcją wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zabezpieczenie oferty danego wykonawcy. Na wypadek zaistnienia okoliczności określonych w ustawie, czy to nPzp, czy Pzp, zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Każdy przypadek możliwości realizacji zabezpieczającej funkcji wadium należy oceniać indywidualnie, a przepisom dotyczącym wadium należy nadawać wykładnię celowościową, sprowadzającą się do ustalenia, czy wykonawca wypełnił swoje obowiązki zabezpieczenia oferty oraz czy zamawiający ma faktyczną możliwość wykorzystania zabezpieczającej funkcji wadium. Najważniejsze dla*

oceny prawidłowości wniesienia wadium jest ustalenie możliwości skutecznego zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w sposób bezwarunkowy.

Najistotniejsza z punktu widzenia postępowania i czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jest treść § 4 Gwarancji wadium nr PO/00962244/2021 z dnia 01 marca 2021 r. wraz z Aneks nr 1 do przedmiotowej gwarancji (zwana dalej „Gwarancją”) złożonej przez Odwołującego wraz z jego ofertą, zgodnie z którą

*„1. Wierzytelność z tytułu gwarancji jest nieodwołalna i płaćna na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta.*

*2. Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 30 dni od dnia złożenia tego żądania.*

*3. Żądanie zapłaty powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta.*

*4. Żądanie zapłaty musi być sporządzone:*

*1) w formie pisemnej i doręczone w oryginale na adres siedziby Generali T. U. S.A. w Warszawie, lub*

*2) w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób, o których mowa w ust. 2 i przesłane na adres: szkody.korporacja@generali.pl.*

*5. Żądanie zapłaty z Gwarancji winno zawierać oświadczenie, iż:*

*1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:*

*a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub*

*b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub;*

*2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana lub;*

*3) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z późn. zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”*

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że Gwarancja odpowiada co do zakresu wymogom wynikającym z Pzp oraz SIWZ. W § 4 ust. 5 pkt 1) i 2) Gwarancji,

Gwarant wskazał warunki skorzystania z Gwarancji przez Beneficjenta, stanowiące merytoryczne (opisowe) przeniesienie wymagań z art. 46 ust. 5 Pzp, a w § 4 ust. 5 pkt 3 wskazał warunki skorzystania z Gwarancji przez Beneficjenta Gwarancji określone w art. 98 ust. 6 pkt 1) nPzp, które zakresowo odpowiadają przypadkom zatrzymania wadium opisanym w art. 46 ust. 4a Pzp.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 nPzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 nPzp (odpowiednik art. 45 ust. 6 pkt 2-4 Pzp), występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust 2 nPzp lub art. 128 ust 1 nPzp (odpowiedniki art. 26 ust. 3 i 3a Pzp) , z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 nPzp lub art. 106 ust. 1 nPzp (odpowiednik art. 25 ust. 1 Pzp), oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 nPzp (odpowiednik art. 25a ust. 1 Pzp), innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 nPzp (odpowiednik art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp), co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (odpowiednik art. 46 ust. 5 pkt 1) Pzp),

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (odpowiednik art. 46 ust. 5 pkt 2) Pzp);

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana (odpowiednik art. 46 ust. 5 pkt 3) Pzp).

Z powyższego wynika jednoznacznie, że różnice między (1) art. 46 ust. 4a i 5 Pzp a (2) art. 98 ust. 6 pkt 1) nPzp, mają charakter redakcyjny, a nie merytoryczny, tj. opisują analogiczne stany faktyczne uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, w przedmiotowym przypadku Beneficjenta Gwarancji do żądania odpowiedniej kwoty wadium, a Gwaranta do jej wypłaty.

W związku z powyższym, niezależnie od odwołania w § 4 ust. 5 pkt 3 Gwarancji do przepisów nPzp, w przypadku otrzymania od Beneficjenta oświadczenia, że: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, w ocenie Odwołującego Gwarant zobowiązany będzie zrealizować żądanie zapłaty złożone przez Beneficjenta, na warunkach opisanych w Gwarancji.

Gwarancja przedłożona przez Odwołującego spełnia zatem swoją funkcję zabezpieczającą, skoro obejmuje zakresem wszystkie przypadki określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako przyczynę niemożliwości skorzystania z Gwarancji wskazał jedynie na inne numery jednostek redakcyjnych dotyczących wezwania wykonawcy do przedłożenia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Jednak jak Odwołujący wskazywał, zakres pojęciowy przepisów nowej i dotychczasowej ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub przedłożenia błędnych lub brakujących oświadczeń lub dokumentów, jest tożsamy. Bez względu na podstawę wezwania, wykonawca będzie musiał dokonać takich samych czynności, czy to w postępowaniu prowadzonym według przepisów dotychczasowego Prawa zamówień publicznych, czy prowadzonego już na nowym stanie prawnym obowiązującym od dnia 1 stycznia 2021 r. Tym samym, zaniechanie wykonania wezwania będzie uprawniało Zamawiającego do wystąpienia z roszczeniem wypłaty wadium z Gwarancji.

Z tego też względu, skoro zakres Gwarancji obejmuje w całości stany faktyczne wskazane w dotychczasowych przepisach Prawa zamówień publicznych jako podstawy zatrzymania wadium, w szczególności co do podstaw wezwania do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, nie było podstaw ku temu, aby Zamawiający uznał wadium wniesione przez Odwołującego za wniesione w sposób nieprawidłowy i odrzucił na tej podstawie ofertę Odwołującego.

Dlatego też, mając na względzie całość wskazanych powyżej okoliczności Odwołujący uważa, że odwołanie uznać za zasadne.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, odpowiedź na odwołanie, inne stanowiska pisemne, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

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



Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Do niniejszego postępowania odwoławczego w po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp przystąpienie złożył wykonawca **ANTEA POLSKA S.A. z siedzibą w Katowicach** (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Bezspornym jest, że Odwołujący w złożonej gwarancji wadialnej nie objął przesłanki niezłożenia przez wykonawcę dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, stanowiące warunek udziału w postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający złożony przez Odwołującego dokument gwarancji, w swej treści zawiera przesłanki zatrzymania wadium odnoszące się do nowego stanu prawnego obowiązującego od dnia 01.01.2021r. czyli do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Gwarancja pomija zatem w swej treści przesłanki wskazane w ustawie Pzp, na podstawie której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, mianowicie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a ściślej przypadek, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Pominięta w treści gwarancji treść przepisu, na podstawie którego Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenie dla kryteriów selekcji, a także braku podstaw do wykluczenia stanowi jeden z fundamentów dokumentu gwarancji. Brak tej treści lub klauzula o odmiennej treści, referująca do nowych przepisów Pzp stoi w opozycji do istoty samego wadium jako zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego.

Izba podziela zapatrywania, zgodnie z którymi zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma on sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani

uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie odpowiednich regulacji ustawowych. W przypadku gwarancji, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Zdaniem składu orzekającego Izby dotyczy to również przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie której nastąpić ma zwrot roszczenia Zamawiającego.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania oferta, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający ma prawo zatrzymania wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że prawidłowo wniesione wadium musi obejmować wszystkie okoliczności wskazane we wspomnianym przepisie. Tymczasem, złożony przez Odwołującego dokument wadium nie zabezpiecza Zamawiającego przed brakiem złożenia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Nie odnosi się on do przedmiotowego stanu prawnego, według którego prowadzone jest postępowanie. Dostrzec należy, iż treści gwarancji nie można domniemywać, Zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować.

W ocenie Izby – przyjęcie wykładni gwarancji przedstawionej przez Odwołującego nie prowadziłyby do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, gdyż Zamawiający w okolicznościach opisanych powyżej nie mógłby skutecznie dochodzić swoich roszczeń w sytuacji niezuzpełnienia przez wykonawcę dokumentów wynikających z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w świetle ustawy Pzp jak również orzecznictwa KIO niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta.

Owszem zgodzić można się, że treść gwarancji nie musi być wiernym odwzorowaniem przepisów ustawy, niemniej musi wyraźnie z niej wynikać, że swym zakresem obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, na dodatek ustawy według której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to zwłaszcza istotne wobec wprowadzonych zmian regulacji prawnych w danej dziedzinie prawa, wprowadzenia nowej siatki pojęciowej, z którą dotychczas Gwaranci nie mieli do czynienia, oraz rezygnacji z niektórych instytucji dotychczas z ustawy Pzp wynikających. W niniejszym stanie faktycznym gwarancja nie objęła przesłanek ujętych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji wadium, nie dające pewności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego – jest wadium nieskutecznym, a zatem wniesionym w sposób nieprawidłowy, co skutkowało mogło odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W konsekwencji – Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**