

Sygn. akt: KIO 617/15

**WYROK**

**z dnia 9 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2015 r. przez **Voestalpine Schienen GmbH z siedzibą w Loeben (Austria)** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Voestalpine Schienen GmbH z siedzibą w Loeben (Austria)** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szyn do tramwajowej powierzchni torowej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 marca 2015 roku wykonawca Voestalpine Schienen GmbH z siedzibą w Loeben, Austria (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu go z postępowania w zakresie części 1, 2, 4 i 5 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 19 marca 2015 roku zamawiający, jako powód wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, podał, że wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

W ocenie odwołującego powyższe twierdzenie całkowicie mija się z prawdą, ponieważ wadium w wymaganym terminie i określonej w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wysokości, zostało wniesione w formie Gwarancji Bankowej nr 8813G1550280 wystawionej w dniu 26 stycznia 2015 r. na okres od terminu składania ofert 19. lutego 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r., całkowicie pokrywający wymagany okres związania ofertą (60 dni).

Złożona gwarancja zawiera zapis: [...] my, UniCredit Bank Austria AG, Wiedeń, na wniosek naszego klienta, niniejszym nieodwołalnie udzielamy na Państwa rzecz niniejszej gwarancji i zobowiązujemy się w ciągu 10 dni bankowych od otrzymania od Państwa pierwszego pisemnego zadania, zawierającego oświadczenie, że nasz klient nie spełnił swoich zobowiązań wynikających z oferty, bez badania stosunku prawnego łączącego Państwa z naszym klientem i bez jakichkolwiek zastrzeżeń, zapłacić na Państwa rzecz kwotę w łącznej wysokości do 104.000,00 PLN (słownie: stu czterech tysięcy polskich złotych) na podany przez Państwa rachunek bankowy.

W ocenie odwołującego powyższe w sposób oczywisty potwierdza, iż treść gwarancji bankowej odpowiada wymogom określonym w pkt 8.7 Specyfikacji istotnych warunków

zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w treści oferty złożył m.in. następujące oświadczenie:

Oświadczamy, że:

3) zapoznaliśmy się z SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w niej zasadami,

Związanie tymi zasadami dotyczy wszystkich okoliczności opisanych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również dotyczących zatrzymania wadium, o których mowa w pkt 8.12 i pkt 8.13.

Zdaniem odwołującego twierdzenie zamawiającego, iż zawarte w Gwarancji sformułowanie: *klient nie spełnił swoich zobowiązań wynikających z oferty*, nie obejmuje w sposób pełny przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w ww. punktach SIWZ jest całkowicie chybione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 kwietnia 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że sformułowanie: *klient nie spełnił zobowiązań wynikających z oferty* jest stwierdzeniem zawężającym zakres odpowiedzialności w stosunku do zapisów wskazanych w ustawie Pzp i SIWZ (nie obejmuje przesłanek zatrzymania wadium) i skutkuje uznaniem, że odwołujący nie wniósł prawidłowo wadium, a tym samym wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał ponadto, że odwołujący przytoczył w odwołanie jedynie ust. 8 pkt 8.7 rozdziału I SIWZ, podczas gdy istotne w przedmiotowej sprawie są zapisy ust. 8 pkt 8.6 rozdziału I SIWZ. Spełnienie wymogów wynikających z ust. 8 pkt 8.7. rozdziału I SIWZ nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało prawidłowo wniesione.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Stosownie do pkt 8.6 wadium w postaci poręczeń lub gwarancji musi posiadać okres ważności obejmujący ustalony na 60 dni termin związania ofertą, liczony od ostatecznego terminu wyznaczonego na składanie ofert oraz zawierać warunki utraty wadium na rzecz zamawiającego, wskazane w pkt. 8.12 i 8.13 SIWZ.

Zgodnie z pkt 8.7 SIWZ zamawiający wymagał:

8.7. Wadium w postaci poręczeń lub gwarancji musi spełniać następujące wymogi:

1) musi być wystawione na Zamawiającego,

2) musi zawierać w swej treści oświadczenie poręczyciela lub gwaranta, w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wpłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zabezpieczenie to jest mu należne.

Zgodnie z pkt 8.12 SIWZ zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt 8.13 zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący wniósł wadium w formie Gwarancji Bankowej nr 8813G1550280 wystawionej przez UniCredit Bank Austria AG w Wiedniu w dniu 26 stycznia 2015 r. na okres od terminu składania ofert 19. lutego 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r.

Złożona gwarancja zawiera zapis: [...] my, UniCredit Bank Austria AG, Wiedeń, na wniosek naszego klienta, niniejszym nieodwołalnie udzielamy na Państwa rzecz niniejszej gwarancji i zobowiązujemy się w ciągu 10 dni bankowych od otrzymania od Państwa pierwszego pisemnego zadania, zawierającego oświadczenie, że nasz klient nie spełnił swoich zobowiązań wynikających z oferty, bez badania stosunku prawnego łączącego Państwa z naszym klientem i bez jakichkolwiek zastrzeżeń, zapłacić na Państwa rzecz kwotę w łącznej wysokości do 104.000,00 PLN (słownie: stu czterech tysięcy polskich złotych) na podany przez Państwa rachunek bankowy.

Pismem z dnia 19 marca 2015 roku zamawiający powiadomił wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że zgodnie z ust. 8 pkt 8.6 rozdziału I SIWZ wadium w postaci poręczeń lub gwarancji musi posiadać okres ważności obejmujący ustalony na 60 dni termin związania ofertą, liczony od ostatecznego terminu wyznaczonego na składanie ofert oraz zawierać warunki utraty wadium na rzecz zamawiającego, wskazane w pkt. 8.12 i 8.13 SIWZ. Stwierdził, że wymogu odnośnie warunków zabezpieczenia się z gwarancji nie spełnia złożona gwarancja bankowa. Sformułowanie „klient nie spełnił swoich zobowiązań wynikających z oferty” jest stwierdzeniem zawężającym zakres Państwa odpowiedzialności w stosunku do zapisów wskazanych w ust. 8 pkt 8.12 i 8.13 rozdziału I SIWZ (nie obejmuje w sposób pełny przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w ww. punktach SIWZ) i w konsekwencji prowadzi do uznania, że złożona gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe wniesienie wadium.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy złożona przez odwołującego gwarancja bankowa, stanowiąca formę wadium, spełniała warunki ustanowione ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 70<sup>4</sup> § 1 K.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie natomiast z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Art. 81 ust. 1 Prawa bankowego nie przesądza, jakie elementy winny znaleźć się w treści listu gwarancyjnego. W treści tego przepisu mowa jest wyłącznie o zobowiązaniu banku do

świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji po spełnieniu pewnych warunków. Przyjąć należy, iż dopuszczalne jest, by w treści gwarancji znajdowały się też inne elementy związane z zabezpieczonym rezultatem.

Zamawiający w ust. 8 pkt 8.6. SIWZ wskazał wymogi, jakim winna odpowiadać gwarancja wadium: wadium w postaci poręczeń lub gwarancji musi posiadać okres ważności obejmujący ustalony na 60 dni termin związania ofertą, liczony od ostatecznego terminu wyznaczonego na składanie ofert oraz zawierać warunki utraty wadium na rzecz zamawiającego, wskazane w pkt. 8.12 i 8.13 SIWZ tzn.:

Zgodnie z pkt 8.12 SIWZ zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt 8.13 zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

List gwarancyjny złożony przez odwołującego nie zawierał w swej treści wymogów wskazanych w ust. 8 pkt 8.6 SIWZ. Zawarta w liście klauzula o treści: „klient nie spełnił swoich zobowiązań wynikających z oferty” nie może zostać uznana za wystarczającą wobec wyartykułowanego *expressis verbis* wymogu zawarcia w jego treści wskazanych okoliczności.

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 listopada 2009 roku (sygn. akt XII Ga 350/09) wypowiadając się co do treści gwarancji bankowej stwierdził, że *gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem*

*zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.*

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....