Sygn. akt: KIO 1824/17

WYROK
z dnia 18 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Jan Kuzawiński
Małgorzata Matecka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawcę: **Velan S.A.S. 90 rue Challemel Lacour, F69367 Lyon, Francja** w przez postępowaniu prowadzonym zamawiającego: **Politechnika Wrocławska, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy: **WEKA AG Schurlistrasse 8, 8344 Baretswil, Szwajcaria** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Velan S.A.S. 90 rue Challemel Lacour , F69367 Lyon, Francja,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Velan S.A.S. 90 rue Challemel Lacour, F69367 Lyon, Francja** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

……
……
……

Sygn. akt: KIO 1824/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Politechnika Wrocławska we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „dostawę zaworów dla systemów kriogenicznych akceleratora liniowego oraz stanowiska Lund Test Stand 2 Europejskiego Źródła Spalacyjnego (ESS)". Ogłoszenia o zamówieniu zostało zamieszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 211983 w dniu 3 czerwca 2017 r. Zmiany treści ogłoszenia zostały wprowadzone ogłoszeniami nr 215079-2017-PL oraz 236967-2017-PL z dnia 7 i 22 czerwca 2017 r.

Wykonawca VELAN S.A.S. z siedzibą w Lyon we Francji wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcy oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty, a w skutek tego - niezasadne i niezgodne z przepisami art. 45 ust. 3, 46 ust. 4a i 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień

publicznych, odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W terminie składania ofert wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty. Ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący - VELAN S.A.S. Drugą pozycję pod względem ceny uzyskała oferta drugiego wykonawcy - WEKA AG.

Po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, Zamawiający, pismem z dnia 25 sierpnia 2017 r. przesłanym drogą elektroniczną, poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując jako podstawę art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp (sprostowanie Odwołującego na art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp) w związku z art. 45 ust. 3 i 46 ust. 4a i 5 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wyjaśnił, że wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Credit Industriel et Commercial SA z siedzibą w Lyon we Francji. Gwarancja została wystawiona w języku angielskim, który zgodnie z ust. XI pkt 5 SIWZ było dopuszczony w postępowaniu. Zamawiający zarzucił, że treść gwarancji nie zawiera oświadczenia o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium wskazane przez Zamawiającego w SIWZ oraz wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego, przedstawiona gwarancja obejmuje wyłącznie przypadek, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, tj. odmowy podpisania umowy na warunkach

---

określonych w ofercie, nie obejmuje natomiast pozostałych przypadków określonych w przepisach ustawy. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że opis warunków w treści gwarancji budzi wątpliwości, powodując niepewność Zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji bankowej. W ocenie Odwołującego, przedstawiona gwarancja spełnia wszystkie ustawowe wymagania wobec wadium. Odwołujący załączył do odwołania kopię dokumentu gwarancji przetargowej nr ref. LGSE201714018536 wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowa gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. Treść gwarancji, spełnia zatem wymagania postawione w ust. IX pkt 3 SIWZ. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1441/16 z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zdaniem Odwołującego, kwestionowane przez Zamawiającego zapisy gwarancji w rzeczywistości nie stanowią oświadczenia o warunkach odpowiedzialności gwaranta za wymienione przypadki powodujące utratę wadium, w istocie przedstawiona gwarancja nie zawiera bowiem w ogóle takich ograniczeń. Jak wynika z treści trzeciego akapitu gwarancji bank udziela w dokumencie gwarancji „w *sposób nieodwołalny, bez jakichkolwiek zastrzeżeń, i/lub bez odniesienia do Wnioskodawcy bądź Podstawy Stosunku."* Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowy dokument gwarancji odpowiada międzynarodowym standardom Powszechnych Regulacji dla Gwarancji zawartym w publikacji ICC Nr 758-2010.

Jedynym warunkiem wypłaty jest, zgodnie z postanowieniami gwarancji, złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, że zaistniały okoliczności uzasadniające wypłatę. Gwarancja precyzuje treść i formę oświadczenia, jednak te zapisy nie odnoszą się do warunków odpowiedzialności, które pozostają otwarte, lecz jedynie mówią o treści i formie oświadczenia Zamawiającego.

Odwołujący przywołał orzeczenie KIO w sprawie KIO 2010/16 oraz stanowisko Sądu Okręgowego we Wrocławiu przedstawione w wyroku z dnia 9 kwietnia 20109 r. sygn. akt X Ga 81/09 (LEX nr 1713348) „Gwarant określając rezultat zabezpieczenia w treści listu gwarancyjnego, nie musi cytować brzmienia art. 46 ust 5 P.z.p., jeżeli rezultatem zabezpieczenia jest „uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego" oraz „niewniesienie wymaganego zabezpieczenia", a także wyrok KIO sygn.. akt KIO 1040/16 z dnia 28 czerwca 2016 r. (LEX nr 2111821) dotyczący możliwości interpretacji dokumentu gwarancyjnego „Ze względu na abstrakcyjność stosunku gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest, czy nie może być interpretowany".

W tych okolicznościach, jeśliby nawet przyjąć, że zapisy dokumentu gwarancji (akapit 4 od słów "Każde żądanie...") odnoszące się do treści oświadczenia Zamawiającego,

stanowią zakres odpowiedzialności, poprzez opis okoliczności w jakich Zamawiający zatrzymuje wadium, wówczas treść zawarta w tiret 1 – „Wnioskodawca wycofał ofertę w terminie związania ofertą określonym przez Wnioskodawcę w formularzu oferty", odnosi się do wszystkich pozostałych przypadków poza art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp. Przypadki te określone w przepisach ustawy oraz SIWZ w pkt 8 i 9.2 prowadzą bowiem w ostatecznej konsekwencji do wycofania oferty przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał na sprzeczność w stanowisku Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu odrzucenia oferty, z jednej bowiem strony Zamawiający stwierdza, że gwarancja nie odnosi się do wszystkich wymaganych przez przepisy ustawy oraz postanowienia SIWZ przypadków utraty wadium, z drugiej natomiast - iż treść gwarancji budzi wątpliwości Zamawiającego. W sytuacji rzeczywistych wątpliwości nieprawidłowe byłoby stanowcze twierdzenie Zamawiającego, że gwarancja nie zawiera wymaganych przez niego sformułowań. W sytuacji takiej, mając na uwadze zasady logiki, rzeczywistym zarzutem pozostaje niejasność postanowień gwarancji. Niejasność ta nie ma jednak obiektywnych podstaw, gdyż rzeczona gwarancja żadnych ograniczeń ani warunków wypłaty sumy gwarancyjnej nie zawiera. Jedyną wymaganą czynnością Zamawiającego jest złożenie oświadczenia, a gwarant nie jest upoważniony do badania ani zasadności ani prawdziwości złożonego przez Zamawiającego oświadczenia.

W świetle powyższego, twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy nie znajduje oparcia w materiale dowodowym. Przedstawiona gwarancja przetargowa spełnia wymagania stawiane wadium, daje też niewątpliwie Zamawiającemu gwarancję bezpieczeństwa adekwatną do wniesienia gotówki na rachunek bankowy. Każdorazowe złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, zgodnie z treścią gwarancji stanowi wystarczającą podstawę do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium. Gwarancja nie dopuszcza też możliwości odwołania jej przez gwaranta przed upływem terminu związania ofertą.

Wykonawca WEKA AG (Szwajcaria) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, ze z wadium wniesionego przez Odwołującego nie wynika bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium, na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie związania ofertą w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 Pzp. Wynika to z faktu, że w dokumencie gwarancji nie wskazano w sposób jednoznaczny, ze gwarant jest zobowiązany do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w ww. przepisach, a przy tym ww. zobowiązania nie sposób wyinterpretować z ww. dokumentu przy pomocy reguł wykładni oświadczeń woli. W związku z powyższym

należy stwierdzić, ze wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, a zatem konieczne było odrzucenie oferty VELAN zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Ponadto, zarówno na etapie przed odrzuceniem oferty, jak i obecnie, Zamawiającemu nie przysługiwała i nie przysługuje możliwość wezwania wykonawcy do konwalidacji nieprawidłowo wniesionego wadium.

Zamawiający, pismem z dnia 15 września 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego. Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołania są niezasadne. Wskazał, że nie zatrzymał wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp ani nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 45 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący błędnie w tym zakresie przyjął kwalifikację prawną zarzutów. W zakresie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Wskazał, ze zgodnie z treścią gwarancji każde żądanie zapłaty skierowane do gwaranta powinno być poprzedzone oświadczeniem beneficjenta zawężonym do dwóch podstaw dotyczących wycofania oferty lub też odmowy podpisania umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej. Brak w treści powyższych podstaw odniesienia się do sytuacji zaniechania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów oraz pełnomocnictw. Podstawy nie obejmują także braku zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podstawy nie odnoszą się także do niewniesienia przez

wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący wybiórczo powołuje się na tezy prezentowane w orzecznictwie zamówień publicznych. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją, że kwestionowane postanowienia nie stanowią oświadczenia o warunkach odpowiedzialności gwaranta, gdyż gwarancja nie zawiera takich ograniczeń. Nie jest prawdziwa teza, że sam fakt oparcia gwarancji o reguły Uniform Rules for Demand Guarantees zwalnia zamawiającego z obowiązku badania warunków odpowiedzialności gwaranta określonych w treści gwarancji. Zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, samo określenie w treści gwarancji jej nieodwołalnego oraz bezwarunkowego charakteru nie stanowi przesłanki do rezygnacji z badania podstaw zatrzymania wadium określonych przez gwaranta (wyrok KIO sygn. akt KIO 14/15 z dnia 27 stycznia 2015 r.). Użyty w treści gwarancji zwrot „wnioskodawca wycofał ofertę" nie może być interpretowany jako obejmujący wszystkie przypadki zatrzymania wadium niewymienione w treści art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp. Wycofanie oferty jest bowiem czynnością wykonawcy zdefiniowaną w ustawie Pzp i zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp może być ona podjęta jedynie przed terminem składania ofert. Nie można utożsamiać wycofania oferty z brakiem wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, czy też brakiem uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, Zamawiający podniósł, że złożenie gwarancji wystawionej

przez zagraniczny bank nie zwalnia wykonawcy z obowiązku dochowania należytej staranności w zakresie ukształtowania treści tego dokumentu, w sposób zapewniający zamawiającemu możliwość zatrzymania wadium we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., z późniejszymi zmianami.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca WEKA AG skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Oferta złożona przez Przystępującego jest w trakcie badania przez Zamawiającego, a zatem wykonawca ten ma szansę na uzyskanie zamówienia w przypadku oddalenia odwołania, stosownie do stanowiska Zamawiającego w niniejszej sprawie.

W rozdziale IX SIWZ Zamawiający zawarł wymagania dotyczące wadium. Określił wysokość wadium w kwocie 10 000 euro. Dopuścił możliwość wnoszenia wadium w jednej lub kilku następujących formach:
- pieniądzu;
- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo–kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- gwarancjach bankowych;
- gwarancjach ubezpieczeniowych;
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r., nr 42, poz. 275 ze zm.).

W odniesieniu do gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej, poręczenia bankowego oraz poręczenia innych instytucji Zamawiający wymagał, aby zostały złożone w formie dokumentu oryginalnego. Dokument wadialny powinien być wystawiony na

Zamawiającego, mieć formę oświadczenia bezwarunkowego, nieodwołalnego i płatnego na

pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Zamawiający zawarł w SIWZ także postanowienie, przytaczając treść przepisów ustawy Pzp, że zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zamawiający zatrzymuje również wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający zastrzegł, że powyższe okoliczności, muszą być jednoznacznie określone w treści gwarancji wnoszonej w formie innej niż w pieniądzu.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej nr ref. LGSE201714018536 wystawionej przez Credit Industriel et Commercial SA z siedzibą w Lyon we Francji. Gwarancja została sporządzona w języku angielskim. Strony nie kwestionowały tłumaczenia treści tego dokumentu na język polski, które przedstawił Odwołujący na potrzeby postępowania odwoławczego.

W treści ww. dokumentu gwarancji wskazano m.in., że Gwarant (Bank) „niniejszym udziela gwarancji w sposób nieodwołalny, bez jakichkolwiek zastrzeżeń i/lub bez odniesienia do Wnioskodawcy bądź Podstawy Stosunku, na zapłatę maksymalnej kwoty 10 000,00 EURO (dziesięć tysięcy euro) na pierwsze żądanie w sposób określony poniżej. Każde żądanie zapłaty w związku z niniejszą gwarancją należy poprzedzić następującymi dokumentami:

- Oświadczenie Beneficjenta, zawarte w treści takiego żądania bądź w osobnym dokumencie noszącym właściwe podpisy, wskazujące, którego z następujących warunków w odniesieniu do Podstawy Stosunku nie spełnia Wnioskodawca:

- Wnioskodawca wycofał ofertę w terminie związania ofertą określonym przez Wnioskodawcę w formularzu oferty,

- Wnioskodawca, po ogłoszeniu zwycięskiego oferenta w terminie związania ofertą nie podpisał lub odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie."

W treści gwarancji nie odwołano się do konkretnych postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązującej w przedmiotowym postepowaniu ani do przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności do art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Oceniając powyższy dokument gwarancji bankowej w świetle przepisów ustawy Pzp i treści SIWZ, należy stwierdzić, że nie zawiera ona oświadczenia gwaranta o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium, które zostały wprost wskazane przez Zamawiającego w SIWZ oraz wynikają z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiona gwarancja obejmuje wyłącznie przypadek, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, tj. odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie obejmuje natomiast pozostałych przypadków określonych z przepisach ustawy Pzp. Nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że treść zawarta w tiret 1 „Wnioskodawca wycofał ofertę w terminie związania ofertą określonym przez Wnioskodawcę w formularzu oferty", odnosi się do wszystkich pozostałych przypadków poza art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, ponieważ „przypadki te prowadzą w ostatecznej konsekwencji do wycofania oferty przez wykonawcę". Instytucja wycofania oferty jest zdefiniowana jednoznacznie w ustawie Pzp - wycofanie oferty może nastąpić do upływu terminu składania ofert bez żadnych konsekwencji dla wykonawcy (art. 84 ust. 1 Pzp), w szczególności nie skutkuje prawem zamawiającego do zatrzymania wadium. Instytucja „wycofania oferty" nie może być zatem interpretowana w sposób rozszerzający.

Zawarcie w treści gwarancji wskazanych powyżej dwóch warunków, jako podstawy żądania zapłaty, powoduje brak pewności Zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia jego wszystkich roszczeń wynikających z wadium, a zatem nie spełnia zabezpieczającej roli przypisanej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarte w treści gwarancji klauzule, że gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego nie wyłączają ograniczeń wynikających z warunków wskazanych

wprost w gwarancji dotyczących konkretnych okoliczności uprawniających Zamawiającego (beneficjenta) i zarazem wymaganych - w każdym przypadku żądania zapłaty kwoty wadium wynikającej z gwarancji.

Odwołujący przyznał w odwołaniu, że warunkiem wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji jest, zgodnie z postanowieniami tego dokumentu, złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, że zaistniały okoliczności uzasadniające wypłatę. Zatem, fakt, że gwarancja precyzuje treść oświadczenia, które musi złożyć Zamawiający i wskazuje na dwa przypadki, stanowi o ograniczeniu warunków odpowiedzialności gwaranta do sytuacji w nich określonych. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w niniejszym stanie faktycznym warunki odpowiedzialności gwaranta pozostają otwarte, pomimo, że gwarancja wprost konkretyzuje okoliczności, w których Zamawiający może złożyć oświadczenie z żądaniem zapłaty kwoty wadium. Wskazane bowiem w treści gwarancji przypadki, na które Zamawiający musi się powołać, składając oświadczenie o wypłatę kwoty wadium, w świetle brzmienia art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp nie mają charakteru uniwersalnego, który obejmowałby wszystkie sytuacje uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, zgodnie z Pzp.

9

Fakt, że dokument gwarancji odpowiada międzynarodowym standardom Powszechnych Regulacji dla Gwarancji zawartych w publikacji ICC Nr 758-2010 nie dowodzi zgodności ze szczegółowymi wymaganiami ustawy Pzp i SIWZ w niniejszym postępowaniu i nie wyłącza tym samym badania treści tego dokumentu w aspekcie spełnienia ww. wymogów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu ustawy Pzp, ale wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa określających warunki zapłaty lub zasad określonych w ustawie (patrz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt X Ga 81/09 (LEX nr 1713348), przy czym ze względu na abstrakcyjny charakter gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Podkreślić należy, że w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Gwarancja bankowa (przetargowa) jest bowiem zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku przetargowego (podstawowego), a wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do sprzeczności w rozumowaniu Zamawiającego, który „z jednej bowiem strony Zamawiający stwierdza, iż gwarancja nie odnosi się do wszystkich wymaganych przez przepisy ustawy oraz postanowienia SIWZ przypadków utraty wadium, z drugiej natomiast - iż treść gwarancji budzi wątpliwości". Podkreślić należy, że wątpliwości co do braku pewności w zakresie zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego wynikających z prawa do zatrzymania wadium, nie dające się usunąć, przesądzają o braku skutecznego zabezpieczenia oferty wadium, a tym samym o nieprawidłowości wniesienia wadium. Wadium nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, zamawiający jest zobowiązany w takim przypadku ofertę odrzucić.

W świetle powyższego, należało uznać, że Odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

10

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....

……

……