Sygn. akt: KIO 1810/19
Sygn. akt: KIO 1811/19

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa oraz R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin,

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego (KIO 1810/19 i KIO 1811/19)

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności

odrzucenia ofert odwołującego w obu postępowaniach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert odwołującego,

2. kosztami postępowań odwoławczych obciąża zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowań odwoławczych kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa oraz R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa oraz R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin, kwotę 37 200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzeń pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1810/19
Sygn. akt KIO 1811/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1) Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi S11 Koszalin - Szczecinek, odc. w. Koszalin Zachód (bez węzła) - w. Bobolice. Odcinek 2. węzeł Zegrze Pomorskie (bez węzła) - węzeł Koszalin Południe (z węzłem)", nr referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-

3.2410.13.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2019 r., nr 2019/S 049-112692.

2) Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi S11 Koszalin - Szczecinek, odc. w. Koszalin Zachód (bez węzła) - w. Bobolice. Odcinek 1. węzeł Koszalin Zachód - węzeł Zegrze Pomorskie (z węzłem)", nr referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-

3.2410.12.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2019 r., nr 2019/S 049-112553.

Pismem z dnia 5 września 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej w każdym z ww. postępowań przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa oraz R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin (dalej: „odwołujący”).

W dniu 16 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania wniesione przez odwołującego, w których zawarł on tożsame zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez bezpodstawne zastosowanie tego przepisu oraz bezzasadne uznanie, że wadium w formie gwarancji bankowej zostało wniesione przez odwołującego w sposób nieprawidłowy, co skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty, o których mowa w ww. przepisie,

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego wadium w formie gwarancji bankowej, w sytuacji, gdy zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy przez odwołującego i w konsekwencji odrzuceniem oferty wykonawcy z postępowania,

3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu gwarancji bankowej w sytuacji, gdy zamawiający miał co do tej okoliczności wątpliwości, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy przez odwołującego i w konsekwencji odrzuceniem oferty wykonawcy z postępowania,

4) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp.

W szczególności w obu odwołaniach odwołujący podniósł, co następuje.

„Wykonawca złożył wadium w niniejszym Postępowaniu poprzez załączenie do oferty gwarancji bankowej nr GK19-1350007 (...). Gwarancja bankowa, o której wyżej mowa opiewała na kwotę 80.000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100). W treści przedłożonej gwarancji Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do maksymalnej wysokości 80.000,00 zł w terminie 14 dni od otrzymania pierwszego pisemnego żądania (przesłanego listem poleconym lub pocztą kurierską) zawierającego wskazanie numeru gwarancji. Ponadto, w celu uzyskania zapłaty od Banku Zamawiający - w świetle postanowień przedłożonej przez Odwołującego gwarancji - był zobligowany do złożenia oświadczenia następującej treści:

„Wzwiązku z udzieloną przez Państwa Gwarancją nr GK19-1350007 oraz okolicznością, iż Zleceniodawca:

1. nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., zwanej dalej ustawą, tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej umową, na warunkach określonych w Ofercie, lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy;

2. W odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw 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 Zleceniodawcę jako najkorzystniejszej,

prosimy o przekazanie na nasz rachunek nr .....prowadzony w banku

..... kwoty..... (waluta) (słownie.....)."

W związku z tym, gwarancja bankowa przedłożona przez Wykonawcę do oferty obejmuje wszystkie przypadki, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Mając na uwadze powyższe, należy dojść do wniosku, że gwarancja bankowa złożona jako wadium w Postępowaniu przez Wykonawcę czyniła zadość wymogom SIWZ oraz regulacjom ustawy PZP.

Mimo powyższego, w dniu 5 września 2019 roku Zamawiający poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca złożył wadium w sposób nieprawidłowy. Uzasadniając powyższą czynność Zamawiający przywołał poniższą treść złożonej gwarancji bankowej:

„Niniejsza Gwarancja powinna być zwolniona na wniosek Zleceniodawcy:

1. który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania ofert,

2. który został wykluczony z postępowania,

3. którego Oferta została odrzucona".

Ponadto, w piśmie z dnia 5 września 2019 roku Zamawiający przywołał treść art. 46 ust. 1 i 2 PZP, które to przepisy regulują kwestię zwrotu wadium Wykonawcy przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że »zwrot wadium jest więc czynnością, której dokonuje Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp. Przepisy nie przewidują możliwości zwrotu wadium przez Gwaranta na wniosek Zleceniodawcy (Wykonawcy)«.

Dodatkowo, wątpliwości Zamawiającego wzbudziło poniższe postanowienie złożonej przez Wykonawcę gwarancji bankowej:

»Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

4. zwrócenia Bankowi niniejszej Gwarancji przez Terminem jej ważności, w przypadku wystawienia Gwarancji w formie pisemnej«.

Jak wskazał sam Zamawiający w treści pisma, w którym poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty, »Wykonawca wniósł gwarancją wadialną w postaci dokumentu elektronicznego«. Jednakże Zamawiający podniósł też, że w treści złożonej gwarancji bankowej nie ma wyraźnego wskazania, że dokument ten wystawiony został tylko i wyłącznie w formie elektronicznej. Zamawiający podniósł równocześnie, że: »W sytuacji, gdy nie ma pewności, czy dokument nie funkcjonuje także w formie pisemnej takie zastrzeżenie nie daje pewności, że dokument nie wygaśnie na mocy przedmiotowego postanowienia, uniemożliwiając Zamawiającemu zatrzymanie wadium zgodnie z przepisami Pzp«. Motywując swoje stanowisko w tym względzie, Zamawiający przywołał treść pkt. 16.3. IDW, zgodnie z którym oryginał wadium sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta, nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Ponadto, Zamawiający doszedł do wniosku, że gwarancja bankowa w kształcie, w którym została złożona przez Wykonawcę, nie gwarantuje Zamawiającemu takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu, co Zamawiający uznał za sprzeczne z wymogami SIWZ. (...)

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe (t. jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2187; „Prawo bankowe") udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych jest jedną z czynności bankowych. W świetle regulacji art. 81 ust. 1 Prawa bankowego gwarancja bankowa to 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.

Należy w tym miejscu zwrócić również uwagę na regulację art. 80 Prawa bankowego, który stanowi, że banki udzielają gwarancji bankowej na zlecenie. Na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Pierwszym z nich jest stosunek zlecenia pomiędzy zleceniodawcą gwarancji (w tym przypadku Wykonawcą) a Bankiem, który w związku ze zleceniem zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji z podmiotem wskazanym przez zleceniodawcę. Drugim stosunkiem prawnym w ramach gwarancji bankowej jest umowa gwarancji, której istotą jest jednostronne zobowiązanie Banku do wykonania świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku będzie to Zamawiający). Co istotne, w ramach drugiego z wyżej wyszczególnionych stosunków prawnych zleceniodawca (Wykonawca) w żaden sposób nie uczestniczy. Wykonawca nie ma w ramach tego stosunku prawnego żadnych uprawnień, a co za tym idzie nie może on kreować, ani modyfikować stosunku gwarancji. (...)

Co istotne, treść gwarancji bankowej nie jest regulowana przepisami prawa. W doktrynie nie wykształciło się też jednolite stanowisko, jakie istotne postanowienia powinna zawierać gwarancja bankowa. Jednakże, jak się wskazuje w literaturze, treść gwarancji bankowej powinna bezwzględnie określać cel ustanowionego zabezpieczenia, czyli wskazywać zdarzenie, które ma zabezpieczać gwarancja (L. Mazur, Prawo bankowe. Komentarz, Legalis). (...)

Wskazać przy tym należy, że w przedłożonej przez Wykonawcę gwarancji bankowej to Bank zobowiązał się względem Zamawiającego do zapłaty określonej kwoty w przypadku ziszczenia się zastrzeżonych w treści gwarancji przesłanek. Z istoty zobowiązania wynika, że wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) może żądać od dłużnika (w tym przypadku Banku) świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić (art. 353 § 1 KC). Dłużnik nie

może samodzielnie zwolnić się z zobowiązania, takiego zwolnienia nie może również dokonać osoba trzecia, która zleca wystawienie gwarancji bankowej (w tym przypadku Wykonawca), bowiem przeczyłoby to naturze prawnej zobowiązania.

Z wykładni treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę i dokonanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 września 2019 roku wynikałoby, że na wniosek Wykonawcy, Bank zwolni gwarancję i Zamawiający nie będzie mógł się z niej zaspokoić. Powyższa interpretacja jest z założenia błędna, ponieważ:

a) Bank nie może jednostronnie zwolnić się z zaciągniętego zobowiązania, tj. z udzielonej gwarancji bankowej, gdyż stałoby to w sprzeczności z istotą zobowiązania w ujęciu cywilistycznym;

b) zwolnić z zobowiązania może jedynie wierzyciel, czyli w tym przypadku Zamawiający, a nie dłużnik, którym w tym przypadku jest Bank;

c) z literalnego brzmienia przedłożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu gwarancji bankowej wynika, że Wykonawca może wystąpić z wnioskiem o zwolnienie z gwarancji bankowej - ale do Zamawiającego - i to on podejmuje decyzję w tej sprawie, a nie Bank.

Wykonawca w tym miejscu wskazuje, że zgodnie z art. 84 Prawa bankowego do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn. Dz.U. z 2019 poz. 1145; „KC"), z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Mając na uwadze powyższe oraz w związku z użyciem w treści gwarancji bankowej przedłożonej w Postępowaniu przez Odwołującego zwrotu „zwolnienie" do przedmiotowej gwarancji znajdzie zastosowanie art. 508 KC, który stanowi, że zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje. Jak już wyżej wskazano dłużnikiem w tym przypadku jest Bank, a wierzycielem Zamawiający.

Podstawowym skutkiem zwolnienia z długu jest wygaśnięcie zobowiązania między stronami, co wynika również wprost z brzmienia art. 508 KC. Jest tak jednak wyłącznie wówczas, gdy zwolnienie z długu dotyczy sytuacji zobowiązania jednostronnego. Zawierają się w niej przypadki zwolnienia z długu wynikającego z umowy jednostronnie zobowiązującej lub ze zdarzenia prawnego. W literaturze przedmiotu jednoznacznie wskazuje się na możliwość zwolnienia z długu pod warunkiem dysponowania

wierzytelnością (M. Gutowski, Kodeks Cywilny. Tom II. Komentarz, Legalis). W kontekście powyższego należy podnieść, że w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie mamy do czynienia z jednostronnym zobowiązaniem Banku. Co ważne, dysponentem wierzytelności w tym przypadku jest wyłącznie Zamawiający i w świetle powyższego należy jednoznacznie uznać, że jedynie Zamawiający mógł zwolnić dłużnika (Bank) z długu, takie uprawnienie z pewnością nie przysługuje Wykonawcy.

Ponadto, należy podnieść, że wszystkie wskazane w treści gwarancji bankowej przesłanki jej zwolnienia na wniosek Wykonawcy dotyczą sytuacji, w których Zamawiający w świetle przepisów PZP i tak musiałby zwrócić wadium Wykonawcy. Postanowienia gwarancji bankowej w tym zakresie są zbieżne z regulacją PZP. Należy w tym względzie zwrócić uwagę na art. 46 ust. 2 PZP, który stanowi, że Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert. Analogiczny zapis znajduje się w treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu. Treść gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę jest w tym zakresie zbieżna z regulacją PZP. Należy także zwrócić uwagę, że zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych określoną w PZP Zamawiający zwraca wadium także w przypadku wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, a także w razie odrzucenia jego oferty, z zastrzeżeniem art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Mając na uwadze fakt, że przedłożona przez Wykonawcę gwarancja bankowa zawiera w swojej treści postanowienie, zgodnie z którym Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium w sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 PZP, to zapisy dotyczące zwolnienia gwarancji na wniosek Wykonawcy (skierowany do Zamawiającego) dotyczą sytuacji odrzucenia oferty w przypadkach innych niż wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. (...)

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy dokonał błędnej wykładni przedłożonej gwarancji bankowej. Zamawiający doszedł bowiem do błędnego wniosku, że Wykonawca samodzielnie będzie mógł zwrócić się do Banku o zwolnienie go z udzielonej gwarancji bankowej. W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę na regulację art. 65 KC, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto, ustawodawca postanowił, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. (...)

Ponadto, Odwołujący załącza do niniejszego odwołania również pismo Banku, z którego wynika, że przedłożona przez Wykonawcę w niniejszym Postępowaniu gwarancja bankowa jest prawidłowa oraz, że z jej treści wynika, iż tylko Zamawiający będzie mógł zwolnić Bank z długu powstałego na skutek udzielenia gwarancji. Jak wprost wynika z treści w/w pisma takie uprawnienia nie będzie przysługiwało Wykonawcy. (...)

Zamawiający jako drugą przyczynę odrzucenia oferty Wykonawcy wskazał na swoje wątpliwości, co do poniższego fragmentu gwarancji bankowej:

„Niniejsza Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

4. zwrócenia Bankowi niniejszej Gwarancji przez Terminem jej ważności, w przypadku

wystawienia Gwarancji w formie pisemnej".

Odnosząc się do powyższego Wykonawca w pierwszej kolejności podnosi, że gwarancja bankowa wniesiona została w formie elektronicznej. W związku z tym, mając na uwadze literalne brzmienie przywołanego wyżej postanowienia gwarancji, należy stwierdzić, iż nie ma ono zastosowania do gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę. (...) należy stwierdzić, że Zamawiający w SIWZ nie formułował wymogów, aby w treści gwarancji bankowej składanej w formie elektronicznej widniał zapis zapewniający o braku istnienia analogicznego dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. Zamawiający nie jest uprawniony do formułowania nowych wymogów, co do wniesienia wadium, ani jakichkolwiek innych kwestii, na etapie badania i oceny ofert.

Jak wynika wprost z załączonego do niniejszego odwołania pisma Banku, przedłożona w niniejszym Postępowaniu gwarancja bankowa została wystawiona jedynie w formie elektronicznej. W kontekście powyższego należy wskazać, że stanowisko Zamawiającego odnośnie braku pewności co do istnienia gwarancji bankowej w formie pisemnej jest całkowicie nieuzasadnione. (...) Ponadto, na dokumencie gwarancyjnym widnieją kwalifikowane podpisy elektroniczne osób uprawnionych do wystawienia gwarancji z ramienia banku, nie są jednak widoczne jakiekolwiek odręczne podpisy na dokumencie, co by mogło świadczyć o istnieniu w obrocie wersji papierowej gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę. (...) Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że w obrocie istnieje analogiczna gwarancja bankowa do złożonej przez Wykonawcę jako wadium w postępowaniu, jednak sporządzona w zwykłej formie pisemnej. Stwierdzić należy, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy oparł się jedynie na domniemaniu, że w obrocie prawnym istnieje egzemplarz gwarancji bankowej w formie pisemnej, któremu to domniemaniu Odwołujący niniejszym jednoznacznie i kategorycznie zaprzecza. (...) Podnieść również należy, iż gwarancji bankowej złożonej w formie elektronicznej de facto nie można zwrócić. Trudno mówić o „zwrocie gwarancji", gdy mamy do czynienia z gwarancją wystawioną w formie elektronicznej. W takim przypadku nie ma możliwości dokonania „fizycznego" zwrotu dokumentu gwarancji, skoro gwarancja w formie elektronicznej jako taka nie ma formy materialnej. Jak wynika z pisma Banku z dnia 11 września 2019 roku ewentualne ryzyko wystawienia gwarancji bankowej również w formie pisemnej obciążałoby tylko i wyłącznie Bank, albowiem powodowałoby w istocie sytuację, w której Bank byłby podwójnie

zobowiązany, po pierwsze, z tytułu gwarancji wystawionej w formie elektronicznej, po drugie, z tytułu gwarancji wystawionej w formie pisemnej."

Odwołujący dodał także, że w innym postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Krakowie składał gwarancję wadialną o identycznej treści i nie była ona kwestionowana.

Odwołujący zarzucił też zamawiającemu niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, „W kontekście przywołanej wyżej regulacji PZP, przedłożoną przez Wykonawcę gwarancję bankową należy traktować jako inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania". Ponadto odwołujący zarzucił niezasadne odrzucenie jego oferty bez uprzedniego wezwania go do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że „Poinformowanie przez Zamawiającego o jego decyzji poprzez przekazanie lakonicznego uzasadnienia i powielenie treści art. 87 ust. 1 pkt. 7b PZP, a także przywołanie treści złożonej przez Wykonawcę gwarancji bankowej, należy uznać za niewystarczające. Jest to o tyle istotne, że to właśnie treść zawiadomienia i jego podstawy, mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia Wykonawcy realizacji jego praw w Postępowaniu, a także warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie.

Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nie sprostał obowiązkowi przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty Wykonawcy z Postępowania,

w tym zwłaszcza Zamawiający:

1) nie wyjaśnił, na jakiej podstawie doszedł do wniosku, że istnieje możliwość występowania w obrocie gwarancji bankowej w formie pisemnej o treści analogicznej do gwarancji złożonej przez Wykonawcę w formie elektronicznej;

2) nie wykazał, że treść gwarancji bankowej utrudnia lub całkowicie uniemożliwia Zamawiającemu zatrzymanie wadium;

3) nie wyjaśnił, na jakiej podstawie doszedł do wniosku, że gwarancja bankowa składana w Postępowaniu jako wadium powinna zawierać w swojej treści wyraźne wskazanie, że dokument ten został wystawiony tylko i wyłącznie w formie elektronicznej;

4) nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień co do tego, że gwarancja bankowa złożona w Postępowaniu przez Wykonawcę nie gwarantuje mu takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu;

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest nie tylko ogólnikowe i lakoniczne, ale zawiera również szereg nieścisłości i stwierdzenia nie mające żadnej podstawy w stanie faktycznym."

W związku z tym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania złożonego przez odwołującego w całości,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, dokumentów załączonych do niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie, na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu,

3) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania,

4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy,

5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismami z dnia 19 września 2019 r. wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 26 września 2019 r. zamawiający złożył odpowiedzi na ww. odwołania, zaś pismem z dnia 1 października 2019 r. - uzupełnienie ww. odpowiedzi i wniósł o oddalenie obu odwołań.

Pismem z dnia 1 października 2019 r. również przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie i wniósł o oddalenie obu odwołań.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W obu ww. postępowaniach w pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(dalej: „siwz") zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia dotyczące wadium:

16. Wymagania dotyczące wadium.

16.3. Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego i musi obejmować cały okres związania ofertą. Oryginał wadium, sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego

kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta, nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. (...)

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

16.5. Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 46 ust. 1-4 ustawy Pzp.

16.6. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący w obu postępowaniach w celu wniesienia wadium złożył gwarancję bankową o treści:

„Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa (zwany dalej "Bankiem"), zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na Państwa rzecz każdej kwoty do maksymalnej wysokości:

PLN 70.000,00 (słownie: złotych polskich osiemdziesiąt tysięcy i 00/100)
w terminie 14 dni po otrzymaniu od Państwa pierwszego pisemnego żądania (przesłanego listem poleconym lub pocztą kurierską) zawierającego wskazanie numeru Gwarancji, kwoty Państwa żądania oraz oświadczenie następującej treści:

»W związku z udzieloną przez Państwa Gwarancją nr GK19-1350007 oraz okolicznością, iż Zleceniodawca:

1. nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r., zwanej dalej ustawą, tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności:

a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej umową, na warunkach określonych w Ofercie, lub

b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

c. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy;

2. w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw 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 Zleceniodawcę jako najkorzystniejszej,

prosimy o przekazanie na nasz rachunek nr _ prowadzony w banku

kwoty(waluta)(słownie_).«

Państwa oświadczenie winno wskazywać, który z warunków uzasadniający zapłatę sumy gwarancyjnej wystąpił. (...)

Niniejsza Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

1. gdyby Państwa żądanie zapłaty oraz oświadczenie nie zostały doręczone do Banku w Terminie ważności Gwarancji,

2. zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w niniejszej Gwarancji, przed upływem Terminu ważności Gwarancji,

3. gdy świadczenia Banku z tytułu niniejszej Gwarancji osiągną kwotę Gwarancji,

4. zwrócenia Bankowi niniejszej Gwarancji przed Terminem jej ważności, w przypadku wystawienia Gwarancji w formie pisemnej.

Niniejsza Gwarancja powinna być niezwłocznie zwolniona przez Państwa, jeżeli:

1. upłynął termin związania Ofertą;

2. zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;

3. zostało unieważnione postępowanie o udzielenie zamówienia, a odwołania zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.

Niniejsza Gwarancja powinna być zwolniona na wniosek Zleceniodawcy:

1. który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania ofert,

2. który został wykluczony z postępowania,

3. którego Oferta została odrzucona.

Obowiązek zwolnienia Gwarancji na żądanie Zleceniodawcy nie dotyczy sytuacji, gdy Zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw 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 Zleceniodawcę jako najkorzystniejszej."

Pismem z dnia 5 września 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego złożonej w każdym z ww. postępowań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Wykonawca wraz z ofertą wniósł wadium w formie gwarancji bankowej nr GK19-1350007 z dnia 15.05.2019 r., wystawionej przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa, w której zawarto postanowienie:

Niniejsza Gwarancja powinna być zwolniona na wniosek Zleceniodawcy:

1. który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania ofert,

2. który został wykluczony z postępowania,

3. którego Oferta została odrzucona

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Zgodnie z ust. 2 art. 46 ustawy Pzp Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert. Zwrot wadium jest więc czynnością, której dokonuje Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp. Przepisy nie przewidują możliwości zwrotu wadium przez Gwaranta na wniosek Zleceniodawcy (Wykonawcy).

Biorąc pod uwagę cel gwarancji wadialnej, winna ona zabezpieczać interesy Zamawiającego, a wprowadzenie do jej treści postanowień dotyczących jej zwolnienia na wniosek Zleceniodawcy (niezależnie od wniosku Beneficjenta), otwiera możliwość utrudnienia a nawet całkowitego uniemożliwienia Zamawiającemu zatrzymania wadium. Na podstawie tego postanowienia może bowiem dojść do zwolnienia gwarancji na wniosek Zleceniodawcy w sytuacji, gdy Zamawiający powinien mieć możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wątpliwości budzi także poniższe postanowienie zawarte w gwarancji:

Niniejsza Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

4. zwrócenia Bankowi niniejszej Gwarancji przed Terminem jej ważności, w przypadku wystawienia Gwarancji w formie pisemnej.

Wykonawca wniósł gwarancję wadialną w postaci dokumentu elektronicznego. W jego treści nie ma jednak wyraźnego wskazania, że dokument ten wystawiony został tylko i wyłączenie w takiej postaci. W sytuacji, gdy nie ma pewności, czy dokument nie funkcjonuje także w formie pisemnej takie zastrzeżenie nie daje pewności, że dokument nie wygaśnie na mocy przedmiotowego postanowienia, uniemożliwiając Zamawiającemu zatrzymanie wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie zaś z pkt. 16.3 IDW SIWZ oryginał wadium, sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta, nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Gwarancja w takim kształcie nie gwarantuje więc Zamawiającemu takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu co jest sprzeczne z wymogami SIWZ zawartymi dalej w pkt 16.3 IDW: Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

W związku z powyższym, Zamawiający uznaje, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy i postanawia jak na wstępie."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówień oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w obu odwołaniach w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że treść gwarancji wadialnej, będącej oświadczeniem woli, podlega wykładni wynikającej z obowiązujących przepisów prawa. W celu dokonania takiej wykładni analizie należy poddać całą treść gwarancji, jak też treść przepisów zawartych w ustawie Pzp, w ustawie Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 ze zm.) oraz przede wszystkim w ustawie Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm). Odnosząc się do przywołanych aktów prawnych należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Nieprawidłowe wniesienie wadium, o którym mowa w ww. przepisie oznacza, że wadium zostało wniesione w taki sposób, który nie pozwala zatrzymać tego wadium, czyli zaspokoić się zamawiającemu w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Nieprawidłowo wniesione wadium nie zabezpiecza zatem oferty wykonawcy na wypadek zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto w ramach przywołanych aktów prawnych należy też zwrócić uwagę na art. 84 ustawy Prawo bankowe, który stanowi, że do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Odesłanie do kodeksu cywilnego nakazuje z kolei wskazać na treść art. 508 tegoż kodeksu, zgodnie z którym zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje. Z przepisu zatem wynika, że stroną, która może zwolnić z długu, jest wyłącznie wierzyciel.

W treści zakwestionowanych przez zamawiającego gwarancji wadialnych znajduje się postanowienie, zgodnie z którym „gwarancja powinna być zwolniona na wniosek zleceniodawcy" m.in. w przypadku jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty. Z treści gwarancji nie wynika, kto ma być adresatem takiego wniosku zleceniodawcy, czyli wykonawcy. Zgodnie z argumentacją odwołującego, wniosek, o którym mowa w gwarancji ma być kierowany do zamawiającego (beneficjenta gwarancji), natomiast zamawiający na rozprawie nie wykluczał, że adresatem może być też gwarant, czyli bank, który zwalniając gwarancję na wniosek wykonawcy pozbawiłby zamawiającego możliwości zatrzymania wadium w okolicznościach przewidzianych w ustawie Pzp. Odnosząc się do ww.

argumentacji stron, Izba stwierdziła, że żadna z ww. opcji, nie wpływa na możliwość zaspokojenia się zamawiającego ze złożonych gwarancji.

Przede wszystkim należy zauważyć, że jeżeli wniosek zleceniodawcy (wykonawcy) o zwolnienie gwarancji zostanie skierowany do zamawiającego, to zamawiający nie będzie zobligowany do dokonania takiego zwolnienia. Treść gwarancji nie zawiera bowiem żadnego postanowienia, z którego by wynikał taki obowiązek. Zamawiający może zatem wniosku o zwolnienie nie uwzględniać i tym samym odmówić zwolnienia gwarancji w celu utrzymania zabezpieczenia oferty wadium i ochrony swoich interesów.

Natomiast jeżeli wniosek zleceniodawcy (wykonawcy) o zwolnienie gwarancji zostanie skierowany do banku (gwaranta), to bank nie będzie mógł takiego wniosku uwzględnić i zwolnić gwarancji. Zgodnie bowiem z przytoczonym powyżej art. 508 kodeksu cywilnego, do którego odsyła art. 84 ustawy Prawo bankowe, z długu może zwolnić jedynie wierzyciel, którym w tym wypadku jest zamawiający. Oznacza to, że bez względu na wniosek wykonawcy, bank będący w świetle art. 508 kodeksu cywilnego dłużnikiem, nie może samodzielnie zwolnić się z długu, czyli z obowiązku zapłaty wskazanej w gwarancji kwoty na rzecz zamawiającego. Tym samym ewentualny wniosek o zwolnienie gwarancji skierowany przez wykonawcę do banku, nie może skutecznie doprowadzić do uniemożliwienia zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Z powyższych ustaleń wynika, że mimo zawarcia w treści gwarancji kwestionowanego postanowienia, w rzeczywistości nie zachodzi ryzyko zaistnienia sytuacji, w której zamawiający nie będzie mógł się zaspokoić z przedłożonych przez odwołującego gwarancji. Nie ma zatem podstaw do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a co za tym idzie - nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w każdym z postępowań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że niezasadne jest odrzucenie ofert odwołującego na podstawie ww. przepisu z powodu braku wskazania w gwarancjach, że zostały one wystawione wyłącznie w formie elektronicznej. Przede wszystkim podkreślić należy, że sam zamawiający uzasadniając odrzucenie ofert odwołującego pisze o tym, że „nie ma pewności, czy dokument nie funkcjonuje także w formie pisemnej". Oznacza to, że podstawą odrzucenia ofert w tym zakresie były jedynie wątpliwości zamawiającego. Tymczasem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp (nie tylko z pkt 7b) może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że zachodzi jedna z przesłanek odrzucenia. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jedynie domniemania, czy wątpliwości zamawiającego. Tym samym już sam „brak pewności" zamawiającego co do istnienia gwarancji w formie pisemnej, czyli brak wykazania powyższego przez zamawiającego, powoduje, że odrzucenie ofert należy uznać za niezasadne. Niezależnie od powyższego należy także zauważyć, że zamawiający żądał wniesienia wadium w formie elektronicznej (pkt 16.3. siwz) i nie wymagał, aby w treści poręczeń lub gwarancji znalazło się zapewnienie, że dokumenty nie zostały sporządzone także w formie pisemnej. Nie można zatem przyjąć, że brak takiego postanowienia w treści gwarancji świadczy o jej istnieniu w formie pisemnej. W konsekwencji, podniesiona przez zamawiającego kwestia hipotetycznego istnienia gwarancji w formie pisemnej, nie stanowi uzasadnienia dla odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Z uwagi na poczynione powyżej ustalenia, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, że w ocenie Izby, wadium zostało wniesione przez odwołującego w sposób prawidłowy, stwierdzić należy, że ww. przepisy nie znajdują zastosowania do tej instytucji. Przede wszystkim uzupełnienie wadium w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oznaczałoby, że w okresie oczekiwania przez zamawiającego na dokument, oferta nie byłaby zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium, co nie jest dopuszczalne. Ponadto art. 26 ust. 3 dotyczy złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25a ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych niezbędnych dokumentów.

Przez ww. „inne niezbędne dokumenty" należy rozumieć dokumenty inne niż JEDZ i dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale jednak dokumenty służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia i spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty, wymagań zamawiającego. Z kolei art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyjaśnień w zakresie treści oferty. Wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji ani nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia i spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty,

wymagań zamawiającego ani nie jest częścią oferty. Oznacza to, że do instytucji wadium nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy stwierdzić, że uzasadnienie odrzucenia ofert odwołującego jedynie formalnie spełnia wymogi wynikające z tego przepisu. Należy bowiem podkreślić, że wymagane w przepisie podanie uzasadnienia faktycznego, po pierwsze, nie może ograniczać się do wyrażenia wątpliwości zamawiającego (w tym wypadku w zakresie istnienia formy pisemnej gwarancji), ale powinno zawierać wskazanie faktów i konkretnych argumentów udowadniających ziszczenie się przesłanki odrzucenia. Po drugie, uzasadnienie faktyczne nie może ograniczać się w przypadku przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp do przytoczenia postanowienia gwarancji wadialnej i konkluzji, że postanowienie to uniemożliwi zatrzymanie wadium. Konieczne jest przedstawienie przez zamawiającego sytuacji, w których zastosowanie kwestionowanego postanowienia rzeczywiście prowadzić będzie do utrudnienia lub zablokowania możliwości zatrzymania wadium. Opisanie przewidywanych sytuacji pozwala bowiem na udowodnienie przez zamawiającego, że dane postanowienie w gwarancji wadialnej rzeczywiście uniemożliwia zamawiającemu zaspokojenie się z tej gwarancji, a tym samym na wykazanie, że odrzucenie oferty jest zasadne. W uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołującego zabrakło konkretnej argumentacji pokazującej związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy kwestionowanym postanowieniem, a spodziewanym przez zamawiającego utrudnieniem lub uniemożliwieniem zatrzymania wadium. Brak takiej argumentacji powoduje, że uzasadnienie faktyczne pisma z dnia 05.09.2019 r. nie może zostać uznane za wyczerpujące i zgodne z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z tym, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....