Sygn. akt: KIO 1754/17

WYROK
z dnia 5 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **K.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K.K., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu, ul. Mickiewicza 33-39, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Z.S.W.J.J. „M. (...)" Sp. z o.o., (...),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K.K., (…)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K.K., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Mickiewicza 33-39, 87-100 Toruń (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na *Sprzątanie w budynkach oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych w Oddziale ZUS w Bydgoszczy* (nr 560000/271/02/2017/CZP) wykonawca K.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą L. K.K., (...) (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 1 i 6 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp"] oraz w zw. z art. 876 § 1 k.c., a także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podał, że zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 25 tys. złotych dla części I zamówienia (Sprzątanie w budynkach) oraz 10 tys. złotych dla części II zamówienia (Utrzymanie terenów) – dowód: SIWZ (ustęp 9.1)

Wskazał, że zgodnie z SIWZ wadium mogło zostać wniesione w formie niepieniężnej, poprzez złożenie stosownego dokumentu najpóźniej w dacie do jakiej mogły być składane oferty lub dołączenia go do oferty, a nadto, że zamawiający zastrzegł w przypadku niepieniężnej formy wadium:

1. Termin obowiązywania – nie krótszy niż 60 dni licząc od dnia składania ofert włącznie.
2. Kwotę wadium.
3. Wskazanie gwaranta/poręczyciela, tj. podmiot wystawiający gwarancję lub poręczenie.
4. Wskazanie zamawiającego jako uprawnionego z gwarancji lub poręczenia.
5. Nieodwołalność gwarancji lub poręczenia, tzn., że nikt poza zamawiającym nie może odwołać zobowiązania wynikającego z udzielonej gwarancji lub poręczenia.
6. Bezwarunkowość dysponowania gwarancją lub poręczeniem.
7. Wadium wnoszone w gwarancjach lub poręczeniach musi bezwarunkowo gwarantować zamawiającemu wypłatę pieniędzy na jego wezwanie, złożone w formie oświadczenia, jeżeli zajdzie którykolwiek z przypadków określonych w ustawie Pzp, uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, bez konieczności spełniania warunków dodatkowych.

– dowód: SIWZ (ustęp 9.5)

Oświadczył, że w terminie wniósł wadium w formie niepieniężnej, przedstawiając zamawiającemu dokument zatytułowany Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 13 / W/2017/7/06/2017 – dowód: akta postępowania przetargowego. Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 13/W/2017/7/06/2017.

Uzupełnił, że poręczenie zostało udzielone przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 r. poz. 1804 orazz2015 r. poz. 978 i 1240).

Odwołujący podał również, że zgodnie z oświadczeniem poręczyciela poręczyciel zobowiązał się do zapłaty na rzecz zamawiającego każdej kwoty do wysokości 35 tys. złotych w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy, w okresie od 3 lipca do 31 sierpnia 2017 roku,
w wypadku, gdyby zaszła jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Uznał, że oświadczenie poręczyciela spełniało pozostałe warunki stawiane przez zamawiającego w SIWZ – dowód: akta postępowania przetargowego; Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 13/W/2017/7/06/2017.

Odwołujący wskazał, że pismem datowanym na dzień 31 lipca 2017 roku (doręczonym mu w 11 sierpnia 2017 roku) zamawiający poinformował go o odrzuceniu oferty,
w uzasadnieniu stwierdzając, że w związku z ustanowieniem przez poręczyciela ograniczenia polegającego na tym, że w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium zamawiający zobligowany jest w pierwszej kolejności wezwać zobowiązanego do zapłaty kwoty wadium, wyznaczając odpowiedni termin i dopiero po upływie tego terminu i braku zapłaty przez zobowiązanego jest uprawniony do żądania zapłaty od poręczyciela (§ 4 ust. 1 pkt 2 poręczenia) oraz w związku z tym, że w wezwaniu kierowanym do poręczyciela zamawiający zobowiązany jest wskazać podstawę faktyczną i prawną zatrzymania wadium (§ 4 ust. 2 pkt 1 poręczenia) nie sposób uznać, iż odwołujący wniósł wadium.

Odwołujący podał nadto, iż argumentując swoje stanowisko zamawiający zaznaczył, że okoliczność pierwsza powoduje, że nie może on bezwarunkowo dysponować wadium, druga może wpływać na bezwarunkowe dysponowanie wadium. Dodatkowo, że zdaniem zamawiającego – z jednej strony – poręczyciel nie jest władny do żądania, aby wezwanie zamawiającego dotyczące wypłaty wadium zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne,

---

z drugiej zaś strony, sam zamawiający wskazuje, iż wystarczające jest samo oświadczenie

o wystąpieniu przypadku uprawniającego zamawiającego do zatrzymania wadium – dowód: akta postępowania przetargowego, pismo zamawiającego datowane na 31 lipca 2017 roku.

Odwołujący podniósł, że po pierwsze zamawiający w SIWZ sam określił minimalne wymagania, jakie musi spełniać dokument poręczenia i w ocenie odwołującego warunki te zostały zachowane, po drugie zamawiający, dokonując wykładni oświadczenia poręczyciela i oceniając skuteczność wniesionego wadium pominął wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących charakterystyczne cechy umowy poręczenia – zgodnie z art. 876 § 1 k.c. przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.

Stwierdził, iż zarówno orzecznictwo sądowe, jak i doktryna sądowa jednoznacznie wskazuje, iż odpowiedzialność poręczyciela ma charakter akcesoryjny względem odpowiedzialności osoby, za którą poręczyciel poręczył, wobec czego nie tylko o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdoczesny zakres zobowiązania dłużnika, ale (a może przede wszystkim) dla zaistnienia odpowiedzialności poręczyciela konieczne jest, aby dłużnik był w opóźnieniu z wykonaniem zobowiązania.

Wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje terminu do zapłaty przez oferenta kwoty wadium w przypadku wniesienia wadium w formie poręczenia, wobec czego – zdaniem odwołującego – oczywistym jest, iż aby roszczenie to stało się wymagalne konieczne jest wezwanie oferenta do jego zapłaty.

Przytoczył następujące stanowisko: *Zobowiązanie poręczyciela jest zależne od istnienia, ważności i zakresu (art. 879 § 1) zobowiązania głównego, a poręczyciel może korzystać z zarzutów przysługujących dłużnikowi głównemu (art. 883 § 1), co nadaje poręczeniu cechę akcesoryjności (zawisłości, zależności) w stosunku do zobowiązania głównego. Akcesoryjność należy do essentialia negotii poręczenia i stanowi podstawową cechę poręczenia, odróżniającą je od instytucji pokrewnych (Z. Radwański, w: System .., s. 1056; A. Szpunar, O zasadzie..., s. 23).*

Zauważył, iż poręczyciel nie stawia przed zamawiającym wymogu uprzedniego wezwania zobowiązanego do zapłaty, a jedynie formalny wymóg złożenia oświadczenia, iż takiej zapłaty nie dokonano:

Odwołujący podniósł także, że stanowisko zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ z jednej strony zamawiający zaznacza, że poręczyciel nie jest władny do żądania, aby wezwanie zamawiającego dotyczące wypłaty wadium zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne, z drugiej zaś, strony sam wskazuje, że wypłata wadium

powinna nastąpić na podstawie oświadczenia zamawiającego o tym, że zaszła jedna z okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tym samym potwierdzając zawarcia konieczność
w swoim wezwaniu przytoczenia okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zatrzymanie wadium.

Zaznaczył, że kwestionowane przez zamawiającego zapisy oświadczenia poręczyciela określają formę wezwania i procedurę uzyskania wypłaty wadium i są uzasadnione charakterem umowy poręczenia (o czym wyżej).

Podkreślił, że poręczyciel w żadnym miejscu swojego oświadczenia nie zawarł warunku pozytywnego zweryfikowania oświadczenia zamawiającego.

Podniósł nadto, iż nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na wniesienie wadium w formie poręczenia narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności – zamawiający nie może dyskredytować odwołującego tylko z powodu tego, iż skorzystał z jednej z niepieniężnych form wniesienia wadium przewidzianej przez ustawę Prawo zamówień publicznych, tym bardziej, iż wymagania zamawiającego są w tym względzie nieprecyzyjne, a jak wynika z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty sprzeczne z powszechnymi przepisami prawa.

Zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP/859/09 wskazującym – wedle odwołującego – na podobny stan faktyczny i prawny jak w niniejszej sprawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 30 sierpnia 2017 r., *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* (pismo z dnia 31 sierpnia 2017 r.), a także stanowisk stron (przystępujący nie stawił się) zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu

szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 1 i 6 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 876 § 1 k.c., a także naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, w odniesieniu do wymagań dotyczących wadium, m.in. wskazał, że:

- *„Termin obowiązywania – nie krótszy niż 60 dni licząc od dnia składania ofert włącznie”* (pkt 9 ppkt 9.5.1. SIWZ),
- „wadium *należy wnieść w jednej lub kilku z form, w tym „w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2016 r. poz. 359)”* [pkt 9. ppkt 9.2.5. SIWZ],
- „wadium *wnoszone w gwarancjach lub poręczeniach musi bezwarunkowo gwarantować Zamawiającemu wypłatę pieniędzy na jego wezwanie, złożone w formie oświadczenia, jeżeli zajdzie którykolwiek z przypadków określonych w ustawie Pzp, uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium, bez konieczności spełniania warunków dodatkowych”* (pkt 9 ppkt 9.5.8. SIWZ).

Odwołujący złożył wadium w formie poręczenia P.R.F.P.K. Sp. z o.o. z dnia 28 czerwca 2017 r. – Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr 13/W/2017/7/06/2017 – m.in. o następującej treści:

§ 3 ust. 2:

„Poręczyciel *zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Zamawiającemu każdej kwoty do wysokości 35.000,00 zł (słownie: (…)) na każde pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, przedłożone w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 3 poniżej, właściwie podpisane, zawierające pisemne oświadczenie Zamawiającego, że zaszło przynajmniej jedno ze zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj.: (…).”*

§ 3 ust. 3:

„Poręczenie *niniejsze jest nieodwołalne, terminowe i udzielone na okres od dnia 03 Lipca 2017r. do dnia 31 sierpnia 2017r. Poręczenie wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli wezwanie do zapłaty nie zostanie doręczone Poręczycielowi w terminie ważności wadium. Po wygaśnięciu poręczenia niniejszy dokument powinien zostać zwrócony Poręczycielowi.”*

§ 4 ust. 1
„Wezwanie do zapłaty wadium skierowane przez Zamawiającego do Poręczyciela powinno być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zamawiający w razie kierowania oświadczeń przez swojego reprezentanta obowiązany jest przedłożyć wraz z wezwaniem również jego pisemne umocowanie do reprezentacji Zamawiającego, złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonym odpisie. Kopie dokumentów przedkładane przez Zamawiającego powinny być poświadczone za zgodność z oryginałem przez osobę umocowaną przez Zamawiającego."
§ 4 ust. 2
„Zamawiający w wezwaniu ma obowiązek pod rygorem bezskuteczności wezwania i odmowy wypłaty wadium:
1) oświadczyć, że nastąpiły przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium Zobowiązanego i wskazać podstawę faktyczną i prawną zatrzymania wadium i domaga się jego zapłaty od Poręczyciela,
2) oświadczyć, że żądana kwota wadium nie została uregulowana przez Zobowiązanego w wyznaczonym terminie,
3) (…)"
§ 4 ust. 3
„Poręczyciel wypłaci poręczenie wadium w terminie 14 dni od dnia otrzymania prawidłowego i kompletnego wezwania do zapłaty wadium, z zastrzeżeniem postanowień § 3 ust. 3 powyżej."

Zamawiający, pismem z dnia 31 lipca 2017 r. (doręczonym 11 sierpnia 2017 r.), poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty (w obu częściach) z tego powodu, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, wskazując:

1. „w *treści dokumentu poręczenia Poręczyciel ustanowił ograniczenie polegające na tym, że w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium Zamawiający zobligowany jest w pierwszej kolejności wezwać Zobowiązanego (Wykonawcę wnoszącego wadium) do zapłaty wadium wyznaczając odpowiedni termin i dopiero po upływie tego terminu i braku zapłaty przez Zobowiązanego jest uprawniony do żądania zapłaty od Poręczyciela (§4 ust. 1 pkt 2 poręczenia).",*

---

2. „w *wezwaniu kierowanym do Poręczyciela Zamawiający zobowiązany jest wskazać podstawę faktyczną i prawną zatrzymania wadium (§4 ust. 2 pkt 1 poręczenia)".*
W dalszej części pisma zamawiający uzasadnił:
w odniesieniu do pkt. 1:
„Ograniczenie wymienione w punkcie 1 powoduje, że Zamawiający nie może bezwarunkowo dysponować wadium. Zamawiający nie wyrażał w SIWZ zgody na taką formą poręczenia. Zdaniem mec. M.S., wyrażonym w komentarzu do art. 45 ustawy Pzp, (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. „prawo zamówień publicznych. Komentarz"), które Zamawiający w pełni podziela, cyt. „Na mocy art. 881 k.c., w braku odmiennego zastrzeżenia, poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny. O zakresie zobowiązania poręczyciela przesądza więc treść umowy poręczyciela (dokumentu poręczenia). Może ona przewidywać subsydiarną odpowiedzialność poręczyciela, np. dopiero po uchyleniu się dłużnika (wykonawcy) od spełnienia świadczenia. Ograniczenie powyższe doszłoby jednak do skutku jedynie za zgodą zamawiającego, wyrażoną już w SIWZ. […]".
w odniesieniu do pkt. 2:
„Zapis stanowić może ograniczenie w bezwarunkowym dysponowaniu wadium. Zamawiający dokonując zatrzymania wadium informuje o tym Wykonawcę podając uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji. Podmiot który wystawia dokument potwierdzający wniesienie wadium nie może żądać od Zamawiającego podania uzasadnienia dla żądania wypłaty wadium. Bezwarunkowość dysponowania wadium sprowadza się m. innymi do tego, że poręczyciel (gwarant, ubezpieczyciel) dokonuje wypłaty wadium po otrzymaniu oświadczenia od Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazuje, że miał miejsce któryś z przypadków określonych w ustawie zatrzymania wadium. Poręczyciel (gwarant, ubezpieczyciel) nie jest uprawniony do weryfikacji zasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium."

a dodatkowo: *„Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem i poglądami doktryny, wadium wniesione w innej formie niż pieniężna winno dawać Zamawiającemu taką samą swobodę dysponowania nim jak w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej."*

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, wobec tego, że § 4 ust. 1 Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr 13/W/2017/7/06/2017 (dalej „Oświadczenie Poręczyciela") nie zawiera żadnych punktów, że „zamiast *§ 4 ust. 1 pkt 2 Zamawiający winien wskazać § 4 ust. 2 pkt 2",* co w ocenie zamawiającego stanowiło „oczywista *omyłkę pisarską"* (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Odwołujący nie kwestionował powyższego. Nie widział konieczności odniesienia się do wyjaśnień zamawiającego (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z tego powodu, że wadium zabezpieczające jego ofertę zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a – jak wynika z uzasadnienia o odrzuceniu – decyzji zamawiającego (Zawiadomienie oferty)

nieprawidłowość ta polega na tym, że wniesione przez odwołującego wadium nie jest, jak wymagał zamawiający w pkt. 9 ppkt 9.5.7. SIWZ, bezwarunkowe (ze względu na treść § 4 ust. 2 pkt 1 i 2 Oświadczenia Poręczyciela).

Ustanowienie przez zamawiającego w treści SIWZ wymogu, aby wadium wnoszone w poręczeniach, udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2016 r. poz. 359)" [pkt 9. ppkt 9.2.5. SIWZ] było bezwarunkowe nie było sporne.

Sporna była ocena stron, czy złożone przez odwołującego jako wadium Oświadczenie Poręczyciela było bezwarunkowe.

Zamawiający utrzymywał, że Oświadczenie Poręczyciela nie było bezwarunkowe. Odwołujący prezentował stanowisko przeciwne.

Skład orzekający Izby za prawidłowe uznał stanowisko zamawiającego.

Złożone przez odwołującego wadium w formie poręczenia o treści jak ww. Oświadczenie Poręczyciela nie zabezpiecza w pełni interesu zamawiającego. Ocena taka uwzględnia następujące niezbędne w odniesieniu do wadium założenia:

- płynność składanego wadium, niezależnie od jego formy, winna być taka sama,
- wadium winno zabezpieczać interesy zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustalone.

Odwołujący upatrywał prawidłowość wniesionego przez siebie wadium w tym, iż złożone poręczenie odpowiadało „powszechnie *obowiązującym charakterystycznym cechom umowy poręczenia"* (str. 3 odwołania, zdanie od: „Po *drugie Zamawiający (…)").*

Skład orzekający Izby zauważa, że w polskim kodeksie cywilnym przyjęto zasadę równorzędnej, solidarnej odpowiedzialności dłużnika głównego i poręczyciela,

Zgodnie z przepisem art. 881 k.c.: *„W braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny",* co oznacza (art. 366 k.c.), że wierzyciel (zamawiający) może żądać całości świadczenia „od razu" od poręczyciela (odpowiadającego jak dłużnik solidarny).

Oświadczenie Poręczyciela nie zawierało wprost zastrzeżenia, że poręczyciel nie jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny.

Zawierało jednak klauzulę dotyczącą kolejności dochodzenia należności przez zamawiającego, tj. klauzulę, aby zamawiający w skierowanym do poręczyciela wezwaniu do zapłaty, pod rygorem bezskuteczności wezwania i odmowy wypłaty wadium, oświadczył, że żądana kwota nie została uregulowana przez zobowiązanego (tu: wykonawcę) w wyznaczonym terminie (§ 4 ust. 2 pkt 2), która to klauzula –

warunek, w ocenie składu orzekającego Izby, spowodowała posiłkowość odpowiedzialności poręczyciela i pozbawiła zamawiającego możliwości żądania spełnienia całości świadczenia „od razu" od poręczyciela.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do stanowiska odwołującego (str. 4 odwołania, zdanie od *„Należy zaznaczyć, (…)”),* że *„ Poręczyciel w żadnym miejscu swojego oświadczenia nie zawarł warunku pozytywnego zweryfikowania oświadczenia Zamawiającego”,* co miałoby przesądzać o braku obowiązku zamawiającego poprzedzenia wezwania poręczyciela wezwaniem do wykonawcy, zdaje się opierać na założeniu, że zamawiający może złożyć nieprawdziwe oświadczenia, co ocenić należy jako nieuczciwe i niedopuszczalne.

W ocenie składu orzekającego Izby niewątpliwym, w świetle treści § 4 ust. 2 pkt 2 Oświadczenia Poręczyciela, jest to, że aby złożyć w wezwaniu do poręczyciela oświadczenia, że kwota wadium nie została uregulowana przez wykonawcę w wyznaczonym terminie konieczne jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez zamawiającego tak do zapłaty kwoty wadium, jak i wyznaczenie wykonawcy przez zamawiającego terminu (odpowiedniego terminu) na jej uregulowanie.

Za stanowiskiem Izby, wyrażonym w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 802/17, skład orzekający Izby wskazuje, że „Kodeksowe *regulacje dot. umów w oparciu o które wadium jest udzielane winny doznawać pewnych ograniczeń po to, aby zamawiający w razie zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium, określonych w ustawie Pzp miał możliwość w każdej sytuacji zrealizować swoje prawo i obowiązek w tym zakresie. Nadto opierając się na ugruntowanych poglądach doktryny oraz linii orzeczniczej sądów i KIO stwierdzić należy i postanowienia ww. umów w zakresie wadium winny zawierać takie ustalenia, aby wadium wniesione w formie poręczenia, gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej miało taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Zdaniem Izby, zawarciu w umowach takich postanowień nie stoją na przeszkodzie kodeksowe regulacje w zakresie poszczególnych rodzajów umów. To nie rodzaj umowy, ale jej treść przesądza o prawidłowości wniesionego wadium.*

Należy także podkreślić, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć

---

praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione.”

(…) „podjęcie przez Zamawiającego wszystkich czynności niezbędnych do wystąpienia do Poręczyciela zajmie Zamawiającemu min 2- 3 dni. Przy postawionym warunku, że wszystkie czynności, związane z dochodzeniem wadium muszą być wykonane w terminie 60 dni, czyli okresie ważności poręczenia, należy przyjąć, że ustalone w oparciu o tą umowę poręczenia wadium nie daje możliwości jego zatrzymania w całym okresie jego obowiązywania. Trudno logicznie wywodzić, że jeśli zdarzenie mające skutkować zatrzymaniem wadium nastąpi np. w 59 dniu jego ważności o godz. 18,00 to Zamawiający będzie w stanie wykonać wszystkie wymagane czynności wobec wykonawcy i zdąży jeszcze przed północą w przepisanej formie, przesłać Poręczycielowi informacje o zatrzymaniu wadium.”

W przedmiotowym stanie faktycznym w szczególności podkreślenia wymaga czynność wezwania do zapłaty wadium wykonawcy z wyznaczeniem mu terminu do zapłaty, który – co oczywiste – musi być terminem pozwalającym realnie na spełnienie świadczenia, a co stanowi utrudnienie dla zamawiającego realizacji uprawnień z poręczenia w przypadku, gdy zdarzenie mające skutkować zatrzymaniem wadium nastąpi np. w 59 dniu jego ważności.

Odnosząc się do odrzucenia złożonego przez odwołującego wadium jako wniesionego
w sposób nieprawidłowy z tego względu, iż w wezwaniu kierowanym do poręczyciela zamawiający zobowiązany jest oświadczyć, że nastąpiły przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium oraz zobowiązany jest wskazać, pod rygorem bezskuteczności wezwania i odmowy wypłaty wadium, podstawę faktyczną i prawną zatrzymania wadium (§ 4 ust. 2 pkt 2 Oświadczenia Poręczyciela) skład orzekający Izby podnosi, że czym innym jest „jedynie” oświadczenie zamawiającego złożone poręczycielowi, że wystąpił przypadek zatrzymania wadium, o czym – w odniesieniu do oświadczenia zamawiającego – wyłącznie mowa w pkt. 9 ppkt 9.5.7. SIWZ, a czym innym oświadczenie zamawiającego złożone poręczycielowi „zawierające” samo oświadczenie, że nastąpiły przyczyny uzasadniające

zatrzymania wadium, a nadto wskazanie podstawy faktycznej i prawnej zatrzymania wadium.

Zakres oświadczenia wymagany przez poręczyciela jest bez wątpienia szerszy od zakresu oświadczenia przewidzianego w SIWZ i może stanowić utrudnienie dla zamawiającego realizacji uprawnień z poręczenia w przypadku, gdy zdarzenie mające skutkować zatrzymaniem wadium nastąpi np. w 60 dniu jego ważności, a co przesądza o konieczności uznania, że także w tym przypadku złożone przez odwołującego wadium było warunkowe.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że wniesione przez odwołującego wadium, wbrew wymogom SIWZ, jest warunkowe, wobec czego zasadnym było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę fakt, że zarzut się nie potwierdził skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……