sygn. akt: **KIO 2401/20**

WYROK
z dnia 21 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **Energotest Diagnosztikai es Automatizalasi Kft., Gomba u.4., 2330 Dunaharaszti, Węgry** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. sp. z o.o. sp.k., ODIUT AUTOMEX sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 55e, 80-557 Gdańsk,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W.S.O.P. sp. z o.o.; Gibas Service Center sp. z o.o., ul. Dworcowa 62, 44-190 Knurów,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energotest Diagnosztikai es Automatizalasi Kft., Gomba u.4., 2330 Dunaharaszti, Węgry** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energotest Diagnosztikai es Automatizalasi Kft., Gomba u.4., 2330 Dunaharaszti, Węgry,** 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 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 w **Warszawie.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2401/20**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Zakup mobilnych jednostek diagnostycznych", w ramach projektu pn.„Wzmocnienie potencjału Inspekcji Transportu Drogowego" współfinansowanego z Funduszy Europejskich w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 maja 2020 r., pod nr 2020/S 104-250318.

Dnia 10 września 2020 roku, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego.

Dnia 21 września 2020 roku wykonawca Energotest Diagnosztikai es Automatizalasi Kft. (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, tj. niewskazanie w treści gwarancji wadialnej przypadków uprawniających do zatrzymania wadium
   w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp,
   w sytuacji, gdy z literalnej treści gwarancji wadialnej wynika, iż przypadki zatrzymania wadium określone art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, zostały uwzględnione w treści gwarancji wadialnej, w związku z czym zamawiający może skutecznie żądać od Gwaranta wypłaty wadium we wszytych przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp,
2. naruszenie przepisu art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku, Kodeks Cywilny (dalej „KC") w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie
   i wadliwie przyjęcie, że nieużycie w treści gwarancji wadialnej sformułowań użytych
   w treści przepisów art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, nie upoważnia zamawiającego do skorzystania z gwarancji wadialnej w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp w sytuacji, gdy sformułowania użyte w treści gwarancji wadialnej zawierają w swym zakresie wszystkie elementy enumeratywnie wymienione w treści art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, a co za tym idzie w sposób należyty zabezpieczają interes zamawiającego, w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, w związku z czym wadium spełnia jego typowe funkcje określone
   w ustawie Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i podjęcie czynności związanych z badaniem i oceną oferty odwołującego oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty PLN 18.600,00, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiada interes
w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, a odrzucenie oferty odwołującego skutecznie mu to uniemożliwia.

Zdaniem odwołującego, z literalnej treści gwarancji wadialnej wynika, iż została ona wydana przez gwaranta „aby zabezpieczyć (Zamawiającego) przed ewentualnym niewywiązaniem się przez odwołującego z jego zobowiązań wynikających z faktu związania ofertą". Gwarant zobowiązał się dokonać wypłaty z tytułu gwarancji:

1)w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wycofania/odstąpienia lub unieważnienia oferty odwołującego w okresie związania ofertą określonym w ofercie odwołującego;

2)po wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w przypadku:

a)niepodpisania umowy lub odmowy jej wykonania;

b)odmowy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w sposób określony przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną, która została sporządzona w języku angielskim przez Gwaranta - Bank mający siedzibę na terenie Węgier. Z treści dokumentu gwarancji jednoznacznie wynika, że została ona wydana w celu zabezpieczenia oferty odwołującego przed ewentualnym niewywiązaniem się przez niego ze zobowiązań wynikających z faktu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W art. 66 §2 KC określono zasadę, zgodnie z którą w przypadku określenia terminu związania ofertą oferent nie może swojej oferty wycofać. Co jednoznacznie potwierdza tezę, że w przedmiotowym stanie faktycznym przy zastosowaniu literalnej wykładni treści gwarancji wadialnej, każda czynność odwołującego zmierzająca do udaremnienia oferty, daje zamawiającemu podstawę faktyczną do skorzystania z zabezpieczenia. Dalsza analiza postanowień gwarancji prowadzi do tego samego wniosku, Gwarant w treści gwarancji posłużył się pojęciami:

1)Oferent wycofał (odstąpił od) lub unieważni! swoją ofertę;

2)Oferent nie podpisał lub odmówił wykonania umowy w razie potrzeby;

3)Oferent odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w sposób określony przez Zamawiającego.

Wszystkie czynności wskazane przez Gwaranta, pomimo braku jednoznacznego odwołania się do przepisu art, 46 ust. 4a lub 46 ust. 5 ustawy Pzp wyczerpują znaczenie pojęć użytych w przepisach art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Gwarant w treści gwarancji wadialnej wskazał, że zamawiający będzie uprawniony do żądania zapłaty wadium w sytuacji, gdy „w okresie związania ofertą wskazanym przez Oferenta w formularzu oferty, oferent wycofał ofertę lub unieważnił swoją ofertę". Sformułowanie „wycofał ofertę" nie wymaga dalszej wykładni. W przypadku sformułowania „unieważnił ofertę" zwrot ten powinien być interpretowany nie tylko w kontekście językowym, ale także z punktu widzenia okoliczności złożenia tego oświadczenia przez Gwaranta będącego bankiem węgierskim, w związku z czym konieczne jest odwołanie się do treści sformułowania „unieważnił ofertę" na gruncie węgierskiej ustawy prawo zamówień publicznych. W § 54 ust. 4 węgierskiego prawa zamówień publicznych wskazano, iż przez unieważnienie oferty wykonawcy należy rozumieć działanie polegające na tym, że oferent nie uzupełnia dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w JEDZ: „Ponadto gwarancja przetargowa ulega przepadkowi i instytucja zamawiająca może żądać zapłaty z gwarancji, w przypadku gdy oferta ma być uznana za nieważną na podstawie tego, że oferent, na wniosek instytucji zamawiającej, nie składa lub składa niewłaściwie dokumenty uzupełniające jego oświadczenie własne, zawarte w jednolitym dokumencie europejskiego zamówienia publicznego (ESPD), dotyczące jego oferty podlegającej okresowi ważności" (…).

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że posłużenie się przez Gwaranta pojęciem „unieważnił ofertę" w rozumieniu węgierskiej ustawy prawo zamówień publicznych obejmuje swym zakresem podstawę do zatrzymania wadium, określoną w art. 46 ust. 4a p.z.p., a co za tym idzie również w tym zakresie zabezpiecza interes zamawiającego.

Z treści gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego jednoznacznie wynika,
że w przypadku każdego działania odwołującego zmierzającego do udaremnienia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Gwarant zobowiązany jest do wypłaty kwoty określonej w gwarancji. Stanowisko to potwierdza charakter stosunku przetargowego, jako zobowiązania wykonawcy składającego ofertę w przetargu, do którego wykonawcy przystępują poprzez złożenie oferty. Okoliczność złożenia oferty ujawnia zamiar wykonawcy polegający na przystąpieniu do stosunku przetargowego. Jeżeli warunkiem *sine qua non* skutecznego przystąpienia do przetargu jest wniesienie wadium w określonej przez zamawiającego wysokości oraz na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i ustawy Pzp, to niewątpliwym jest, że celem wykonawcy jest także wniesienie prawidłowego wadium, które warunkuje nawiązanie stosunku przetargowego. Za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 listopada 2008 roku, sygnatura akt SK 62/06) wskazać należy, że „wniesienie wadium jest bowiem bezwzględną przesłanką uczestniczenia w postępowaniu przetargowym. Wadium stanowi więc integralny składnik stosunku przetargowego, wynikający wprost z ustawy albo
z dodatkowego zastrzeżenia zamawiającego o warunkach przetargu, zaakceptowany przez przystępującego do przetargu" (zob. B. Brzozowski, op.cit., s.394).

„(...) Wadium to zatem określona suma pieniężna albo zabezpieczenie jej zapłaty, należne z tytułu dodatkowego obowiązku oferenta, stanowiącego integralny składnik stosunku przetargowego, którego konsekwencje wniesienia określone są przepisami ustawy
o zamówieniach publicznych" (zob. R. Szostak, op.cit., s. 88). „(...) Wadium może zostać również wniesione w drodze ustanowienia przez oferenta odpowiedniego zabezpieczenia wpłaty określonej sumy pieniężnej (zob. art. 704 § 1 k.c.). W takiej sytuacji oferent nie wpłaca określonej kwoty pieniężnej, ale zobowiązuje się do jej wniesienia, a wierzytelność organizatora z tytułu takiego zobowiązania oferenta zostaje zabezpieczona, np. przez poręczenie, czy też gwarancję bankową. W doktrynie przyjmuje się, że „konstrukcja wadium czyni je integralnym składnikiem stosunku aukcyjnego albo przetargowego, wynikającego
z dodatkowego zastrzeżenia organizatora w warunkach aukcyjnych, akceptowanego przez przystępującego do aukcji albo przetargu." (J. Rajski, Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego" nr 5/2003, .r. 7)".

Wadium (w przedmiotowym stanie faktycznym wniesione w formie gwarancji bankowej)
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem stosunku obligacyjnego powstałego na skutek przystąpienia wykonawcy do postępowania. A co za tym idzie, wykonawca składając w postępowaniu ofertę, w której oświadcza, iż zapoznał się
z wszystkimi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pozostaje nią związany przez okres 60 dni, potwierdza, iż jego zamiarem jest udział w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również postanowień dotyczących zabezpieczenia oferty wadium.

Gwarant, jak wynika z oświadczenia złożonego w gwarancji wadialnej w dniu udzielenia zabezpieczenia, wiedział i godził się na wszelkie konsekwencje związane z naruszeniem przez odwołującego obowiązków wynikających ze stosunku przetargowego w okresie związania ofertą. Dlatego też gwarancja wadialna zabezpiecza zamawiającego od każdej czynności odwołującego skutkującej zniweczeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które należy postrzegać jako ciąg czynności począwszy od otwarcia ofert (otwarcie ofert wyznacza początek stosunku przetargowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, którzy złożyli oferty) do wyboru oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, iż Gwarant w pkt 2 gwarancji wadialnej jednoznacznie wskazał,
iż zamawiający może żądać wypłaty sumy należnej z gwarancji wadialnej w sytuacjach, gdy po wyborze oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej:

a.Odwołujący nie podpisał umowy lub odmawia jej wykonania;

b.Odwołujący nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Te dwie okoliczności określone w treści gwarancji wadialnej mają szerszy zakres pojęciowy od przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wykładnię literalną pkt 2 lit. a gwarancji wadialnej stwierdzić należy,
że każde działanie odwołującego skutkujące niepodpisaniem umowy lub jej niewykonaniem, daje zamawiającemu prawo do żądania wypłaty wadium. W pojęciu „nie podpisał umowy" mieszczą się wszystkie działania odwołującego prowadzące do sytuacji, w której po informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie dojdzie do zawarcia umowy pomiędzy odwołującym a zamawiającym, w szczególności, gdy:

1)odmówi on podpisania umowy,

2)uniemożliwi podpisanie umowy poprzez niestawienie się w miejscu i czasie wskazanym przez zamawiającego.

Co więcej wskazać należy, że gwarancja wadialna złożona przez odwołującego szerzej zabezpiecza interesy zamawiającego i upoważnia go do żądania wypłaty należnej kwoty także w okolicznościach odmowy wykonania umowy, a więc chroni zamawiającego
(w okresie związania ofertą), również w przypadku odmowy wykonania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Skutkuje to przyznaniem zamawiającemu większej ochrony, aniżeli wynika to z przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że z treści gwarancji jednoznacznie wynika (przy uwzględnieniu okoliczności jej wydania), iż przesłanki określone przez Gwaranta
w treści gwarancji wadialnej, dają podstawę do wypłaty wadium w okolicznościach wskazanych w p.z.p., a co za tym idzie, bez wątpienia wyczerpane zostały przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli nie wniósł on wadium lub wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Wadium jest wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający nie będzie mógł skorzystać z wniesionego zabezpieczenia, a co za tym idzie wadium nie potwierdzi zabezpieczenia faktycznego interesu zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym, interes zamawiającego zabezpieczony jest w sposób należyty zgodny
z przepisami ustawy Pzp, a nawet w zakresie szerszym, aniżeli wynikający z przepisów art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na brak obowiązku po stronie Gwaranta do zawarcia w treści gwarancji wadialnej całej treści art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Dla uznania gwarancji wadialnej za prawidłową wystarczy, aby z jej treści wynikało, że zamawiający będzie mógł z niej skorzystać, jeżeli wykonawca nie uczyni zadość swoim obowiązkom wynikającym z przepisów ustawy Pzp, w szczególności z jego winy nie dojdzie do podpisania umowy, nie uzupełni w terminie żądanych przez zamawiającego dokumentów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że dla skutecznego zabezpieczenia interesu zamawiającego nie jest wymagane przytoczenie w treści gwarancji wszystkich przesłanek zatrzymania wadium w sposób odzwierciedlający w pełni brzmienie przepisów art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. W wyroku z 24 kwietnia 2017 roku (sygnatura akt KIO 632/17) Izba wskazała, że „W ocenie Izby zgodzić bowiem należy z poglądem, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli. Uwzględnienie celu umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt jego wyartykułowania przez wystawcę gwarancji (gwaranta) w komparycji gwarancji, w sytuacji, gdy strony nie miały wątpliwości, jakiego podmiotu ma dotyczyć ochrona, tym bardziej, że istota i sens udzielenia gwarancji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jasny, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione. Nieuprawionym jest pominiecie rzeczonego kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym postępowaniu.".

W doktrynie i orzecznictwie istnieje ugruntowany pogląd, zgodnie z którym podczas analizy treści gwarancji wadialnej konieczne jest zastosowanie zasad wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 §1 KC. Zamawiający przed odrzuceniem oferty odwołującego powinien dokonać analizy treści oświadczenia Gwaranta z uwzględnieniem okoliczności jej złożenia (zabezpieczenie oferty odwołującego w okresie związania ofertą, znaczenie sformułowań użytych w treści gwarancji nadane im przepisami prawa węgierskiego), zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „Izba wskazuje, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ZamPublU i art. 65 KC. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna ze względu na fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi jednostronne oświadczenie woli gwaranta. (...) Dopuszczalność wykładni oświadczeń woli jednostronnych nie jest bowiem przez Kodeks cywilny wyłączona. Przywołać należy brzmienie art. 65 KC. zgodnie z którym: „1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu". Tym samym treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie. Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli" (wyrok KIO z 22 kwietnia 2013 roku, sygnatura akt KIO 765/13), w innym orzeczeniu Izba stwierdziła „Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 65 § 1 KC przez zaniechanie dokonania wykładni treści gwarancji bankowej, podczas gdy z okoliczności w których została złożona, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów wynika, iż zabezpiecza ona możliwość zatrzymania wadium we wszystkich przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy oraz: Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 65 § 2 KC poprzez zaniechanie dokonania wykładni umowy w sposób nakazujący badanie zgodnego zamiaru stron i cel umowy, zamiast opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Zarzut potwierdził się. Izba wzięła pod uwagę to, że w istocie, to nie postanowienia gwarancji wymagały wykładni, ale konieczne było dokonanie interpretacji przepisu art. 46 ust. 5 ustawy i ustalenia jakie przesłanki uprawniają zamawiającego do

zatrzymania wadium i czy wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie mieszczą się w pojęciu „do zawarcia umowy nie doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy" (wyrok KIO z 27 grudnia 2017 roku, sygnatura akt KIO 2591/17).

Odwołujący podniósł, iż zamawiający analizując treść zobowiązania Gwaranta wynikającego z treści bankowej gwarancji wadialnej, kierując się racjonalnością
i zachowaniem stron (Gwaranta i odwołującego), powinien wziąć pod uwagę nie tylko literalne brzmienie gwarancji, ale jej znaczenie wynikające m.in. z uregulowania zawartego
w węgierskiej ustawie o zamówieniach publicznych. Zamawiający nie może poprzestawać wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu tłumaczenia gwarancji z tekstem przepisów, bez uwzględnienia brzmienia oryginału gwarancji, jej celu oraz okoliczności złożenia danego oświadczenia i jego skutków. W sytuacji, gdy zamawiający przeanalizowałby treść gwarancji z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w zdaniu poprzedzającym, nie miałby wątpliwości, że bankowa gwarancja wadialna *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego.

Konstatując, wskazać należy, że literalna wykładnia treści gwarancji wadialnej prowadzi do konkluzji, że obejmuje ona swym zakresem wszystkie okoliczności enumeratywnie określone w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie zabezpiecza ona zamawiającego w szerszym niż podstawowym zakresie. Za takim twierdzeniem przemawia zgodny zamiar stron odwołującego i Gwaranta z dnia wydania gwarancji wadialnej przez przedstawicieli Banku K&H Zrt. z siedzibą w Budapeszcie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż proste zestawienie treści gwarancji bankowej przekazanej przez odwołującego z brzmieniem przepisów z art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp dowodzi istnienia zasadniczych różnic między nimi, zarówno w zakresie użytych sformułowań, jak też ilości zwrotów określających okoliczności zatrzymania wadium.

Zamawiający wskazał, iż szczegółowa analiza treści przedstawionej przez odwołującego gwarancji z zastosowaniem wykładni literalnej daje jednoznaczny rezultat w postaci braku możliwości ustalenia okoliczności zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Natomiast w zakresie okoliczności z art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, brak jest nawet jakichkolwiek sformułowań korespondujących z treścią ww. przepisu, co niewątpliwie świadczy o pominięciu przez wystawcę gwarancji tej okoliczności zatrzymania wadium.

Zamawiający stoi na stanowisku, że prawidłowe wadium to wadium skutecznie wniesione, czyli takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy Pzp i *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni interesy zamawiającego. Jeżeli wadium nie spełnia powyższych warunków, to wówczas nie zabezpiecza oferty, a tym samym pojawia się konieczność zastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się z założeniem prezentowanym przez odwołującego uznającym sformułowanie „Oferent wycofał lub unieważnił swoją Ofertę w okresie ważności Oferty wskazanym przez Oferenta
w formularzu Oferty" jako tożsame z okolicznościami zatrzymania wadium wskazanymi w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Przedmiotowy przepis określa bowiem konkretne sytuacje, w których działanie zamawiającego takie jak wezwanie wykonawcy, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp czy też poprawienie przez zamawiającego innej omyłki i poinformowanie o tym wykonawcy, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, spotkało się z biernością wykonawcy. Natomiast w przytoczonym fragmencie gwarancji wprost wskazano na aktywność Oferenta poprzez konkretne działanie - wycofanie oferty lub jej unieważnienie. Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego nakazującym posiłkować się przepisami prawa węgierskiego przy interpretacji znaczenia wyrażenia „unieważnił ofertę", należy podkreślić, że pojęcie „nieważności oferty" znane jest przepisom ustawy Pzp i abstrahując od niedopuszczalności dokonywania wykładni w oparciu o przepisy obcego prawa, zwrot „nieważność oferty" powinien być rozumiany zgodnie z jego znaczeniem ustalonym w oparciu o polskie prawo.

Przedmiotowe sformułowanie zostało użyte w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie
z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Tym samym o nieważności oferty na gruncie ustawy Pzp decyduje zamawiający a nie wykonawca. Brak jest w przepisach ustawy Pzp instytucji „unieważnienia oferty" będącej skutkiem działania wykonawcy. Podkreślić należy, że sama ustawa Pzp
z wystąpieniem okoliczności z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie wiąże skutku w postaci nieważności oferty. Pojęcie nieważność oferty, którym posługują się przepisu ustawy Pzp, dotyczy nieważności oferty, która może wnikać z przepisów Kc lub z innych przepisów. Najczęstszymi przypadkami nieważności oferty wynikającej z przepisów KC, a mających odniesienie do sytuacji zamówień publicznych jest niezachowanie formy pisemnej oferty; brak (niewykazanie) umocowania do złożenia oferty; bezprawność czynności; umowa
o świadczenie niemożliwe (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dalej Izba, z dnia 11 lipca 2019 r. KIO 1198/19). Zestawiając powyższe znaczenie pojęcia „nieważności oferty" do okoliczności wskazanych w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jasno uwidacznia się różnica
w zakresie możliwych przypadków zatrzymania wadium. Trudno bowiem uznać, że nie złożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa
w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw, lub nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, może prowadzić do wypełnia ww. znaczenia pojęcia nieważnej oferty, natomiast już samo wystąpienie okoliczność z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, powinno uprawniać zamawiającego do zatrzymania wadium.

Również sformułowanie „wycofanie oferty" jest pojęciem znanym ustawie Pzp. Zgodnie
z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Natomiast, co szczególnie istotne przedmiotowy zwrot został także użyty w przepisach regulujących wadium - art. 46 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert. W świetle stanowiska doktryny „Wycofanie oferty należy rozumieć jako wolę rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wycofanie stanowi w istocie cofnięcie wcześniejszego oświadczenia woli wykonawcy wyrażającego chęć udziału w postępowaniu. Skutkiem wycofania oferty będzie brak możliwości poddania jej procesowi badania i oceny ofert. Wycofując ofertę, wykonawca definitywnie rezygnuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (red. dr hab. Małgorzata Sieradzka. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie 1. 2018 r.). Mając zatem ustalone na gruncie ustawy Pzp znaczenie zwrotu „wycofanie oferty" nie sposób przypisywać mu innego zakresu pojęciowego niż działanie wykonawcy w postaci wycofania oferty złożonej w postępowaniu. Nie sposób zatem przyjąć, że działaniem
w postaci „wycofania oferty" będzie równoznaczny z brakiem reakcji wykonawcy na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp lub nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na różnicę znaczeniową pomiędzy zwrotem „Oferent wycofał" a okolicznościami opisanymi w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, wskazała wprost Izba w wyroku z dnia

1 października 2013 r., sygn. akt KIO 2227/13 „Okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się do zmiany czy wycofania oferty, lecz do jej pewnych braków czy wad formalnych lub treści (brak dokumentów „podmiotowych", „przedmiotowych" lub pełnomocnictw), które nie zostaną przez wykonawcę uzupełnione (lub prawidłowo uzupełnione) w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo wezwania zamawiającego. Nieuzupełnienie dokumentów (a zwłaszcza nieprawidłowe uzupełnienie) wcale nie musi oznaczać (i najczęściej nie oznacza) rezygnacji przez wykonawcę z podtrzymywania oferty.".

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający uprawniony jest zatrzymać wadium tylko i wyłącznie w przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym prezentowana przez odwołującego teza, jakoby treść gwarancji szerzej zabezpieczała interes zamawiającego, w przypadku uznania jej za prawdziwą stanowiłaby naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nie ma podstawy prawnej do zatrzymania wadium w innych przypadkach niż opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Na wyliczenia przypadków zatrzymania wadium w treści gwarancji w sposób enumeratywny wskazała KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r. KIO 1363/16 „Treść gwarancji wadialnej musi obejmować wszystkie enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) okoliczności. Dla skutecznego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego winna wskazywać jasno na wykonawcę lub wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie danego zamówienia.".

Do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie wystarczy samo nie złożenie odpowiednich dokumentów przez wykonawcę ale okoliczność ta musi być zawiniona i co więcej odnieść skutek w postaci braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Na powyższe wskazuje także doktryna „Obecnie zamawiający może zatrzymać wadium z wyżej określonych przyczyn tylko temu wykonawcy, który swoim zachowaniem spowodował, że jego oferta, pomimo że najkorzystniejsza, nie może zostać wybrana. (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019.). Natomiast w treści przedmiotowej gwarancji ww. kwestia w żaden sposób nie została odzwierciedlona.

Zamawiający stoi na stanowisku, że wbrew twierdzeniom odwołującego, w zakresie przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, tj.: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek sfomułowania opisującego powyższą okoliczność zatrzymania wadium. Przesłanka ta została pominięta i wbrew twierdzeniu odwołującego nie mieści się w przypadkach wskazanych w przedłożonej gwarancji wadialnej. W szczególności nie można uznać, że sytuacja, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy mieści się, jak twierdzi odwołujący, w pojęciu odmowy wykonania umowy lub nie podpisania umowy przez wykonawcę. Sytuacja „odmowy wykonania umowy" może mieć jedynie miejsce po zawarciu umowy pomiędzy wykonawcą a zamawiającym czyli *de facto* po skutecznym wyborze najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Powyższe zatem stoi w oczywistej sprzeczności z sytuacją, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Twierdzenie odwołującego, że w ramach okoliczności nie podpisania umowy przez wykonawcę zawiera się sytuacja, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie znajduje oparcia zarówno wykładni literalnej jak również stanowisku doktryny, która w następujący sposób wykłada znacznie przedmiotowej przesłanki „Ostatni przypadek uprawniający zamawiającego do zatrzymania wadium dotyczy sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W wyroku z 4.1.2012 r. (KIO 2752/11) KIO wskazała, że w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 3 PrZamPubl ustawodawca wyraźnie wskazał, że określona w nim przesłanka zatrzymania wadium związana jest z wykonawcą tak z jego określonymi działaniami, jak i zaniechaniami, które doprowadziły do sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wśród przyczyn leżących po stronie wykonawcy wymienia się m.in. utratę wymaganych uprawnień, niedopełnienie formalności wymaganych przed zawarciem umowy, niewykazanie dostatecznego umocowania do zawarcia umowy, pomimo wezwań zamawiającego do usunięcia braków umocowania (por. R. Szostak, Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, PZP 2016, Nr 1, s. 127)." (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Legalis. 2020 r.). Powyższe zatem dowodzi zasadniczej różnicy pomiędzy samym podpisaniem umowy lub odmową jej podpisania jako złożeniem lub powstrzymaniem się od złożenia oświadczenia woli a konkretną sytuacją wykonawcy spowodowaną jego działaniami jak też zaniechaniami, których rezultatem jest brak niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Założenie odwołującego, że okoliczności nie podpisania umowy przez wykonawcę zabezpiecza wszystkie przypadki zatrzymania wadium, w sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie zabezpiecza przypadku, w którym to zamawiający odmawia podpisania umowy właśnie z uwagi na okoliczność, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Można bowiem przypuszczać, że w takiej sytuacji wykonawca mimo wszystko zdecyduje się podpisać umowę co w świetle postanowień przedmiotowej gwarancji uniemożliwiałoby domaganie się przez zamawiającego od gwaranta wypłaty kwoty wadium.

Podkreślenia wymaga także fakt, że wolą ustawodawcy było rozróżnienie przesłanek odmowy podpisania umowy przez wykonawcę oraz sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy poprzez samą redakcję art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, w którym to przepisie ww. przesłanki znalazły się w osobnych punktach.

Zamawiający podniósł, iż szereg prezentowanych przez odwołującego tez, dotyczących interpretowania treści gwarancji przez pryzmat celu i okoliczności ustanowienia gwarancji bankowej, tj. udział w toczącym się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest bezpodstawna i nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp oraz ugruntowanym orzecznictwie KIO. Wskazać bowiem należy, że gwarancja bankowa zgodnie z art. 81 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2019 r. poz. 2357, z późn. zm.) stanowi 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. Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Gwarancja jest zatem umową abstrakcyjną, która jednostronnie zobowiązuje gwaranta (bank) do świadczenia na wypadek, gdyby dłużnik (wykonawca) zobowiązania nie wykonał. Stronami gwarancji bankowej są zatem co do zasady zleceniodawca (wykonawca), na którego polecenie bank wystawia gwarancję;

beneficjent gwarancji (zamawiający), na którego rzecz wystawiana jest gwarancja oraz bank (gwarant) udzielający gwarancji. Tym zobowiązanie gwaranta (banku) na rzecz beneficjenta (zamawiającego) ma charakter abstrakcyjny charakter oznaczający, że zobowiązanie, na podstawie którego wystawiono gwarancję oraz zobowiązanie z gwarancji stanowią odrębne stosunki prawne.

W związku z powyższym z uwagi na okoliczność, że gwarancja bankowa (wadialna) stanowi zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w odniesieniu do stosunku podstawowego (przetargowego), treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji bez możliwości powoływania się przez zamawiającego (beneficjenta) na inne okoliczności wykraczające poza treść gwarancji. Dobitnie podkreśliła to Izba w wyrok z dnia 10 sierpnia 2016 r. KIO 1363/16 „Gwarancja wadialna ma abstrakcyjny i samoistny, czyli niezależny od istnienia zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Treść gwarancji wadialnej musi obejmować wszystkie enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) okoliczności".

W związku z powyższym bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostają twierdzenia odwołującego dotyczące interpretacji zwrotów zawartych w treści oferty takich jak m.in. „związanie ofertą" czy „unieważnienie oferty" poprzez odwołanie się do charakteru stosunku przetargowego, jako zobowiązania wykonawcy składającego ofertę w przetargu, do którego wykonawcy przystępują poprzez złożenie oferty.

Próba wyinterpretowania przez odwołującego z treści gwarancji okoliczności zatrzymania wadium za pomocą szeregu zabiegów interpretacyjnych takich jak m.in. wykładania celowościowa, systemowa oraz poszukiwanie znaczeń zwrotów w przepisach prawa obcego przemawia za tym, że przedłożona gwarancja bankowa nie spełnia wymagań stawianych przez przepisy ustawy Pzp, które to wymagania, zostały wyrażone w wyroku Izy z dnia 30 kwietnia 2019 r. KIO 709/19 „Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę".

Zdaniem zamawiającego, twierdzenia odwołującego, jakoby przedłożona gwarancja bankowa była skuteczna bowiem zawiera sformułowania różniące się co do treści od brzmienia przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, ale mimo to świadczące
o zabezpieczeniu wypłaty wadium w okolicznościach, o których mowa jest w ww. przepisach, należy uznać za całkowicie bezpodstawne. Za dopuszczalne uznaje się założenie, że treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisów ustawy Pzp, tj. nie muszą być wymienione wprost przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, pod warunkiem,
że z jej treści da się wywieść, że obejmuje ona swoim zakresem wszystkie okoliczności,
o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Natomiast wbrew twierdzeniom odwołującego w przedłożonej gwarancji nie wskazano okoliczności zatrzymania wadium takich jak opisane w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 3) ustawy Pzp. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO „Jeżeli gwarancja bankowa niewymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo". (tak m.in. KIO w wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r. KIO 311/15). Na powyższy obowiązek wskazuje także Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017 r. KIO 2593/17 „Mając na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniające jego typowe funkcje i pozwalające zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy.". Z powyższego wynika zatem, że opisanie w gwarancji bankowej wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, enumeratywnie wymienionych w przepisach ustawy Pzp - w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, stanowi warunek jej zgodności z przepisami ustawy Pzp, a także s.i.w.z.
i w konsekwencji decyduje czy wadium zostało prawidłowo wniesione.

Zdaniem zamawiającego, za bezpodstawne i sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem Izby należy uznać zarzuty odwołującego dotyczące rzekomego naruszenia przez zamawiającego art. 65 §1 i 2 Kc sprowadzające się do twierdzenia odwołującego, jakoby zamawiający zobligowany był do analizy i wykładni treści gwarancji bankowej z uwzględnieniem okoliczności jej złożenia w celu zabezpieczenia oferty odwołującego w okresie związania ofertą, znaczenia sformułowań użytych w treści gwarancji nadanych im przepisami prawa węgierskiego, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Jak już wskazano uprzednio, z uwagi na abstrakcyjny charakter zobowiązania - gwarancji bankowej, zamawiający jako beneficjent nie ma możliwości skutecznego powoływania się na inne okoliczności zatrzymania wadium wobec gwaranta (banku) niż wynikające wprost z treść gwarancji. Tym samym twierdzenia odwołującego zmierzające *de facto* do wykazania,
że zamawiający może skutecznie dochodzić wypłaty kwoty z gwarancji poprzez interpretacje okoliczności zatrzymania wadium uzyskane w drodze wykładni wykraczającej poza treść gwarancji należy uznać za całkowicie chybione. Należy w tym miejscu przytoczyć za wyrokiem Izby z dnia 30 stycznia 2019 r. KIO 44/19, że: „Treść gwarancji wadialnej powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium.".

Zatem pomimo ogólnej dopuszczalności stosowania art. 65 Kc na gruncie ustawy Pzp, wykładnia oświadczeń woli w zakresie treści gwarancji bankowej podlega jednakże znacznym ograniczeniom. Jak wskazano w wyrok Izby z dnia 25 czerwca 2015 r. KIO 1222/15 „Z uwagi na specyfikę zobowiązania jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni liberalnej, elastycznej."(...) „Do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli, wskazanych art. 65 §1 ustawy Kodeks cywilny. Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia oceny dla skuteczności wniesienia wadium.".

W świetle powyższego warto także przywołać tezy z wyroku Izby z dnia 11 marca 2016 r. KIO 293/16, w którym Izba wypowiedziała się w sytuacji analogicznej jak w przedmiotowej sprawie, tj. braku zawarcia w treści gwarancji wszystkich okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp oraz prób dokonywania wykładni treści gwarancji ponad jej literalne brzmienie jednoznacznie uznając brak skuteczności gwarancji oraz niedopuszczalność tego typu wykładni: „W przypadku objęcia gwarancją bankową tylko niektórych sytuacji uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015

r. poz. 2164 ze zm.), bezpodstawne jest założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością również sytuację nie wskazane w treści gwarancji, a objęte regulacją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Sam gwarant ogranicza w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających.". „W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja bankowa, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikający z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy spełnia funkcję zabezpieczającą. Nie jest dopuszczalne dokonywanie interpretacji wbrew literalnego brzemieniu gwarancji bankowej. Wykładnia oświadczenia woli banku nie może prowadzić do uzupełnienia dokumentu gwarancji bankowej, o obowiązkową treść, która nie została w niej zamieszczona.". Wprost te kwestie ujęła także Izba w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r. KIO 2179/16 „Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji
o elementy, których gwarant w niej nie zawarł.". W tym kontekście zarzut odwołującego, dotyczący rzekomego niezastosowania przez zamawiającego do przedmiotowej gwarancji wykładni oświadczenia woli zgodnie z art. 65 Kc należy uznać za całkowicie bezpodstawny.

Za nieistotne i całkowicie bezpodstawne należy uznać zarzuty i twierdzenia odwołującego dotyczące konieczności interpretacji treści gwarancji bankowej w oparciu o znaczenie przepisów na gruncie węgierskiej ustawy prawo zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajduje wyłącznie prawo polskie. Podkreślenia wymaga fakt, że wymóg co do treść gwarancji w zakresie okoliczności zatrzymania wadium wynika wprost z przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, tym samym nie sposób zaakceptować założenia, że wymóg formalny nałożony polskimi przepisami prawa miałby podlegać interpretacji
w oparciu o odmienną regulację zawartą w prawie obcym. Zamawiający w treści s.i.w.z. przesądził, że gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, co oczywiste na terenie Rzeczpospolitej Polskiej obowiązującym prawem jest prawo polskie w tym ustawa Pzp. Odwołujący jako podmiot zagraniczny biorący udział w przetargu przeprowadzanym w oparciu o przepisy ustawy Pzp, jako profesjonalista powinien zapoznać się z obowiązującą regulacją dotyczącą wadium i zlecić wystawienie gwarancji wadialnej, która odpowiadałaby przepisom prawa polskiego, a nie prawa węgierskiego

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Podstawę odrzucenia oferty odwołującego stanowił fakt nieprawidłowego wniesienia wadium poprzez niewskazanie w treści gwarancji wadialnej przypadków uprawniających do zatrzymania wadium przez zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a
i art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w treści s.i.w.z., w części II cz. C pkt 1.6 określił precyzyjnie wymogi dotyczące wadium składanego w formie gwarancji bankowej, w tym obowiązek zawarcia
w jej treści przesłanek uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp: „*W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji, gwarancja ta powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i winna zawierać następujące elementy:*

1)Nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), nazwę beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), nazwę gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib.

2)Określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją 3) Kwotę gwarancji.

4)Termin ważności gwarancji.

5)Bezwarunkowe, nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze żądanie Zamawiającego, bez sprzeciwu, czy zastrzeżeń, jeżeli zaistnieją przesłanki do zatrzymania wadium określone w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp.".

Ponadto w części II s.i.w.z. cz. C pkt 1.7 zamawiający dokładnie określił kiedy zobowiązany będzie do zatrzymania wadium poprzez przytoczenie wprost treści przepisów
z art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp: „*Zamawiający zwróci wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania,*
z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza,
z zastrzeżeniem, iż zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy: 1) Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana:

a)odmówi podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia na warunkach określonych w ofercie,

b)nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c)zawarcie umowy w sprawie niniejszego zamówienia stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

2)Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń 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.".

W treści tłumaczenia gwarancji przekazanego przez odwołującego wraz z gwarancją bankową, której oryginał został sporządzony w języku angielskim, w następujący sposób zostały opisane okoliczności zatrzymania wadium przez zamawiającego:

„*1. Oferent wycofał lub unieważnił swoją Ofertę w okresie ważności Oferty wskazanym przez Oferenta w formularzu Oferty lub*

2)Oferent, został powiadomiony o przyjęciu jego Oferty przez Państwa w okresie ważności oferty; a) nie podpisał umowy lub odmawia jej wykonania, jeśli jest to wymagane, lub b) nie wniesie lub odmówi wniesienia zabezpieczenia wykonania zgodnie z instrukcjami dla Oferentów."

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, uznając ją za własną, dlatego też w ocenie Izby zbędne jest jej powielenie.

Jednocześnie Izba, za zasadne uznała przytoczenie dwóch wyroków, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący odzwierciedlają stanowisko Izby w przedmiotowej sprawie.

Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie - I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 24 stycznia 2018 r. sygn. akt: I ACa 862/17, w którym SA podkreślił, że okoliczności zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, stanowią wyjątki od ogólnej zasady zwrotu wadium i przez to nie mogą być interpretowane rozszerzająco: „Zwrot wadium wniesionego przez poszczególnych wykonawców w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia należy traktować jako zasadę w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. (...) Natomiast stosownie do treści art. 46 ust. 5 ww. ustawy zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca odmawia podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco), uprawienie to aktualizuje się w przypadku wyraźnej odmowy wykonawcy podpisania umowy, które musi przyjąć postać negatywnego oświadczenia woli i nie może być przedmiotem domniemania. Jednocześnie odmowa ta musi dotyczyć podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, a zatem zgodnych z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający ma także prawo zatrzymać wadium w sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”.

Kompleksowo wymagania stawiane gwarancji wadialnej, z uwagi na abstrakcyjny charakter zobowiązania gwarancyjnego, wyłożyła Izba w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r. KIO 44/19 cyt. „Dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta okoliczności, których zaistnienie będzie uprawniało zamawiającego do żądania zapłaty określonej sumy pieniężnej. 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 (wadialna) jest bowiem zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku podstawowego (przetargowego), a wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Treść gwarancji wadialnej powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium”.

Tym samym twierdzenia odwołującego zmierzające do uzupełnienia treści gwarancji poprzez odwołanie się do kontekstu jej wystawienia, w związku z innym zobowiązaniem (przetargowym), należy uznać za niedopuszczalne.

Odnosząc się zaś do dowodu zgłoszonego przez odwołującego na rozprawie, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 1 litera a jednolitych zasad dotyczących gwarancji na żądanie (URDG 758) wynika, że aby móc zastosować reguły wykładni zawarte w tych zasadach koniczne jest, aby w treści gwarancji znalazło się odniesienie do możliwości zastosowania tych reguł zgodnie z URDG. Natomiast w treści gwarancji odwołującego takiego odniesienia nie ma. W związku z tym reguły wykładni nie mogą być zastosowane w odniesieniu do gwarancji złożonej przez odwołującego.

Reasumując, stwierdzić należało, iż z treści przedstawionej przez odwołującego gwarancji (wraz z tłumaczeniem) nie wynika, aby gwarancja dawała zamawiającemu możliwość zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży 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 wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3), co spowoduje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto gwarancja odwołującego nie daje zamawiającemu możliwości zatrzymania wadium w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W związku z powyższym, zdaniem Izby, zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym
i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący:……