Sygn. akt: KIO 2010/16

Wyrok
z dnia 4 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 4 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez wykonawcę **ERBUD INDUSTRY Południe sp. z o.o., ul. Pokoju 14, 42-504 Będzin**
w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno**
przy udziale wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Golejowska 73B 44-207 Rybnik,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.

2. kosztami postępowania obciąża **TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD INDUSTRY Południe sp. z o.o., ul. Pokoju 14, 42-504 Będzin** tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od **TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie** na rzecz wykonawcy **ERBUD INDUSTRY Południe sp. z o.o. w Będzinie** kwotę **23 979 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (20 000 zł), kosztów stawiennictwa na posiedzenie (379 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

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

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt: KIO 2010/16

Uzasadnienie

Zamawiający: TAURON Wytwarzanie S.A. w Jaworznie prowadzi W trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Remonty kotła właściwego w Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Siersza w Trzebini z podziałem na dwie części zgodnie z treścią SIWZ" (numer postępowania: 2016/TW-E01 /PMT/ 03077/S). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 151 06/08/2016 2773766-2016-PL z dnia 6 sierpnia 2016 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący ERBUD INDUSTRY Południe Sp. z o.o. w Będzinie wniósł odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania zakresie części I: Remonty kotła właściwego OFz-425 w Tauron Wytwarzanie S.A. – Oddział Elektrownia Siersza w Trzebini.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy PZP poprzez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuprawnionym i nieuzasadnionym odrzuceniu oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty innego

wykonawcy, pomimo że Odwołujący wniósł wadium, które należycie zabezpiecza jego ofertę w okresie związania ofertą w formie przetargowej wadialnej gwarancji bankowej. W konsekwencji Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP) przez, odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru innej oferty w sytuacji, gdy prawidłowo wykonane czynności badania i oceny ofert powinny prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Poprzez bezprawne działanie Zamawiający, naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy PZP. Dodatkowo Zamawiający-naruszył także art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy PZP, gdyż wszelkie wątpliwości dotyczące jakichkolwiek elementów oferty podlegają zawsze wyjaśnieniu. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Oferta złożona jest zgodnie z treścią SIWZ, spełnia wszelkie jej wymagania, a nadto jej cena nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - nie zachodzą także przesłanki unieważnienia postępowania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na podstawie kryteriów oceny ofert na
Odwołującemu przysługuje zatem interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem zaniechanie prawidłowego badania i oceny oferty pozbawia go zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając w piśmie z dnia 11 października 2016 r., że:

„Zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia rozdział IV pkt 4.3 Wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium.
Wykonawca złożył wadium w formie gwarancji bankowej, jednak treść zapisów tej gwarancji nie spełnia wymagań określonych w pkt 4.3.2.2 SIWZ, zgodnie z którymi wypłata środków z-gwarancji powinna nastąpić w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. (w brzmieniu po nowelizacji ustawy Dz. U. z 2016 r. poz. 1020.
W świetle powyższych ustaleń, należy uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 89 ust 1 pkt 7b) ustawy dające podstawę do odrzucenia oferty."
W tym miejscu wskazać należy, że faktycznie z dniem 28 lipca 2016 r. zaczęły obowiązywać znowelizowany przepisy o zamówienia publicznych, zgodnie z którymi, zmianie uległ, między innymi przepis art. 46 ust. 4a ustawy w zakresie, w którym przepis ten enumeratywnie opisuje przesłanki zatrzymania wadium w następujący sposób:
„.. jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów lub potwierdzających oświadczeń okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw,
listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oświadczenia, o której którym mowa w art. 24 25a ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym 1, że nie należy do grupy kapitałowej, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej."
Jednocześnie ustęp 5 artykułu 46 nie uległ zmianie.
Odwołujący wraz z ofertą przedłożył gwarancję bankową wystawioną przez CREDIT AGRICOLE BANK POLSKA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwaną dalej: „Gwarancją"), w której treści wskazano, między innymi, że:
„...my, CREDIT AGRICOLE Bank Polska S.A., działając na zlecenie Wykonawcy, nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się do zapłacenia Państwu [...] każdej kwoty lub kwot do ich łącznej, maksymalnej wysokości: 115,000,00 złotych (słownie: sto piętnaście tysięcy złotych), niezwłocznie po otrzymaniu każdego, pisemnego żądania zapłaty Zamawiającego, powołującego się na niniejszą gwarancję, zawierającego oświadczenie, że:
1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego 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 Wykonawcy, lub gdy
2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („PZP"), z przyczyn leżących po jego

stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 PZP, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 PZP, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej."

W tej sytuacji stwierdzić należy, że pomimo braku zacytowania wprost w udzielonej gwarancji wadialnej przepisu art. 46 ust. 4a ustawy PZP w aktualnie obowiązującym brzmieniu (spełnienie przesłanek z aft. 46 ust. 5 jest bezsporne, gdyż przepisy w tym zakresie nie uległy zmianie) przedłożona gwarancja daje możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, co jest wystarczające dla uznania jej za wniesioną prawidłowo, z podanych niżej przyczyn:

1. Porównując treść poprzednio i aktualnie obowiązującego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy PZP (co uczyniono powyżej okazując jego wersję w trybie pokazującym wprowadzone zmiany), stwierdzić należy, że treść okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium w aktualnie obowiązującym stanie prawnym jest praktycznie taka sama, bądź ograniczona w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Oznacza to, że w przypadku, w którym świadczenie gwaranta przybrało postać taką, jaką miały przepisy poprzednio obowiązujące to uznać należy, że obejmuje ono swoim zakresem wszystkie okoliczności zatrzymania wadium, o których mowa także w aktualnie obowiązującym stanie prawnym.
2. Okoliczności, które skutkują możliwością zatrzymania wadium są aktualnie następujące:

2 .1 „wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a"
Faktycznie dodano po nowelizacji w tym miejscu numer ustępu 3a w artykule 26, który wskazuje na wezwanie do uzupełnienia „pełnomocnictw", w przypadku, gdy dany wykonawca „nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa". Powyższe nie ma jednak znaczenia, gdyż w treści Gwarancji na wezwanie do złożenia pełnomocnictw wskazuje się wprost, cytuję: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („PZP"), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których: mowa w art. 25 ust. 1 PZP, pełnomocnictw".
Fakt, że prawodawca wyróżnił w ustępie 3a artykułu 26 nową podstawę prawną wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa nie ma zatem znaczenia, gdyż wzywając do uzupełnienia dokumentów zamawiający nie ma obowiązku wskazywania podstawy prawnej swojego wezwania, a w razie nie wskazania tej podstawy czy wskazania ewentualnie podstawy błędnej, wezwanie pozostaje skuteczne i nieuczynienie mu zadość poprzez nie uzupełnienie wymaganego dokumentu pełnomocnictwa może skutkować zatrzymaniem

wadium. Zatem brak podania podstawy prawnej wezwania czy przytoczenia podstawy prawnej w wezwaniu wadliwie to nie powoduje, że staje się ono bezskuteczne czy nieważne.

i

2.2 „z przyczyn leżących po jego stronie" W tym zakresie przepis pozostał bez zmian.
2.3 „nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa wart. 25 ust 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1"
Poprzednio obowiązujący przepis artykułu 46 ust. 4a wskazywał na te same okoliczności, które dotyczą obowiązku złożenia ¡oświadczenia lub dokumentów, niezależnie od postawy prawnej żądania ich przedłożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Podkreślenia wymaga, że przywołane | podstawy prawne żądanych dokumentów, tj. art. 25 ust. 1 i art. 25 a ust. 1 pozostają bez znaczenia.
Art. 25 ust. 1 stanowi bowiem, że:
„Art. 25. 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: '

1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
2) spełnianie przez oferowane dostawy, u sługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia '
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert."
Art. 25 ust 1 i art. 25a ust. 1 stanowi natomiast, że:
„Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:
1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa wart. 51 ust. 2, art. 57 ust 3 i art. 60d ust 3."
Oznacza to, że wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia, niezależnie od podstawy prawnej ich żądania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. art. 25 czy też 25a, pozostają w dalszym ciągu „dokumentami" lub „oświadczeniami", które stanowią „dokumenty urzędowe" lub „prywatne" w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którymi:
- Dokumenty urzędowe], sporządzone w przepijanej formie przez powołane do tego organy władzy | publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego,

co zostało w nich urzędowo zaświadczone, przy czym przepis powyższy stosuje się odpowiednio do dokumentów urzędowych sporządzonych przez zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje pozarządowe w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej - tak w art. 244 kpc.
- Dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie - tak w art. 245 kpc.
2.4 „pełnomocnictw lub nią 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" |'
Odnośnie „pełnomocnictw" Odwołujący wykazał wyżej w pkt 2.1 , że Gwarancja obejmuje swoim zakresem fakt ewentualnego nieuzupełnienia dokumentu i „pełnomocnictwa" w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Jednocześnie, treść Gwarancji w pozostałym zakresie pozostaje bezspornie zgodna z przepisami ustawy PZP, albowiem przepis art. 46 ust. 4a pozostał bez zmian w zakresie wyrażenia 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.
3. Wskazać należy, że ewentualnych wątpliwości Zamawiającego - w ocenie Odwołującego - nie mogły budzić te postanowienia Gwarancji, które wskazują na jej bezwarunkowy i nieodwołany charakter oraz zobowiązanie się gwaranta do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego. Wydaje się, że nie stanowiło to podstawy odrzucenia oferty.
4. Rozwijając argumentację prawną, wskazać można, że zgodnie z wyrokiem KIO 1480/12: „Treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. Za wystarczające uznać należy opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa warunki zapłaty określające, a nawet wskazanie, że bank zapłaci sumę gwarancyjną na zasadach określonych w p.z.p. Jednak każdorazowo wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji." Odwołujący wykazał powyżej, że treść przedłożonej przez niego Gwarancji, pomimo, że nie jest literalnie zgodna z przepisem zmienionego art. 46 ust. 4a ustawy PZP, daje jednak Zamawiającemu pewność co do tego, że zaspokoi on swoje ewentualne roszczenia wprost z Gwarancji, w razie wystąpienia jednej z okoliczności wskazanych w jej treści, a dotyczących zatrzymania wadium. Odwołujący w pełni podziela zatem pogląd wyrażony w innym orzeczeniu, zgodnie z którym: „Treść gwarancji może, choć nie musi, posługiwać się dosłownym przytoczeniem treści nie decyduje to o jej skuteczności, o ile jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia." - tak w KIO/UZP 2406/10).

Zauważenia wymaga, że jakkolwiek to jednak z treści siwz winny wynikać minimalne wymagania co do zasad wnoszenia wadium, w tym winna dna zawierać szczegółowy opis przesłanek zatrzymania gwarancji, co nie miało miejsca. Jak wynika z orzeczenia KIO 856/16): „Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego, dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust 5 pzp. Jednak wymóg by dokument gwarancji zawierał tego rodzaju sformułowania, powinien być zawarty siwz. ”
5. Podkreślenia wymaga, że ewentualnie przytaczane wyroki nie dotyczą aktualnego stanu prawnego Według wiedzy Odwołującego, nie są bowiem znane orzeczenia Izby czy sądów które zapadłyby na kanwie aktualnie obowiązujących przepisów.

W złożonym piśmie przygotowawczym odwołujący podtrzymał stanowisko, wskazał na kolejne zmiany przepisu art. 46 ust. 4 a, którymi rozszerzano katalog przesłanek zatrzymania wadium (w 2008 r. i 2014 r.) oraz zmianę w 2016 r., którą zawężono okoliczności zatrzymywania wadium o okoliczność nie przedłożenia na wezwanie zamawiającego listy informacji o przynależności do grupy kapitałowej.
Stwierdził, że należy uznać, iż wadium jest skuteczne nie tylko wtedy, gdy wprost cytuje przepis art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, ale także wtedy, kiedy jego treść jest na tyle czytelna, że pozwala na ustalenie w sposób pewny, że gwarant faktycznie wypłaci środki z gwarancji na pierwsze żądanie i bezwarunkowo.
Podkreślił, że nie wątpliwości, co do tego czy złożona gwarancja wadialna skutecznie prowadzi do zaspokojenia ewentualnych roszczeń zamawiającego; jej treść jest jednoznaczna i zrozumiała, a gwarant nie uchyla się uczynienia zadość swoim obowiązkom co do bezwarunkowego i na pierwsze żądanie spełnienia świadczenia pieniężnego względem beneficjenta gwarancji. Na potwierdzenie powyższego odwołujący złożył pismo gwaranta potwierdzające podane ustalenia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Wskazał na zawarte w siwz żądanie wniesienia wadium w postępowaniu (pkt 4.3. siwz) dopuszczając złożenie wadium w formie gwarancji bankowej (pkt 4.3.2.1.). Zażądał, by z treści gwarancji wynikało „bezwarunkowe, nieodwołalne i na każde żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w sytuacji zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp” (pkt 4.3.2.2 siwz).

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, w której wystawca Credit Bank Polska S.A. wskazał, że skuteczne złożenie żądania zapłaty z tej gwarancji uwarunkowane jest złożeniem przez beneficjenta – zamawiającego pisemnego oświadczenia, że:
„1. (tu zacytowano treść art. 46 ust. 5 ustawy pzp) lub gdy
2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („PZP”), z przyczyn leżących po jego art. 25 ust 1 PZP, stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 PZP, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”
Jak stwierdził zamawiający przypadki ad 2 nie odpowiadają treści art. 46 ust. 4a, różnica między treścią cytowanego punktu 2 gwarancji a treścią art. 46 ust. 4a ustawy ma charakter merytoryczny. Gwarancja nie zabezpiecza oferty wykonawcy w trzech przypadkach, w których oferta ta powinna być zabezpieczona.
Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do złożenia pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, lecz może to uczynić na podstawie art. 26 ust. 3a. W konsekwencji nie może też złożyć oświadczenia, iż wykonawca pomimo wezwania na podstawie art. 26 ust. 3a nie złożył pełnomocnictw. W gwarancji wyraźnie wskazano w odniesieniu do pełnomocnictw, że oświadczenie beneficjenta powinno wskazywać na sekwencję zdarzeń tj. wezwanie z art. 26 ust. 3 oraz nie złożenie pełnomocnictw. Samo oświadczenie o nie złożeniu

pełnomocnictwa lnie byłoby wystarczające. Gdyby zatem pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3a wykonawca nie złożył pełnomocnictwa, zamawiający nie mógłby wybrać jego oferty i jednocześnie nie mógłby skorzystać z wadium.
Nadto gwarancja nie zabezpiecza oferty wykonawcy na wypadek, gdyby pomimo wezwania wykonawca nie złożył oświadczeni, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy zgodnie z którym, „art. 25a ust. 1. Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:
1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa wart. 51 ust. 2, art. 57 ust 3 i art. 60d ust 3.”
Mowa tu o dokumencie składanym w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), który jest oświadczeniem składanym przez wykonawcę.
Wreszcie w treści gwarancji przewidziano jako jeden z warunków wypłaty gwarancji oświadczenia beneficjenta, iż wykonawca nie przedłożył listy podmiotów należących do tej

samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, a tymczasem przepis ten został uchylony.
Powyższe dowodzi, że w trzech przypadkach wskazanych wadium wniesione przez wykonawcę nie zabezpiecza jego oferty.
Na potwierdzenie argumentacji zamawiający wskazał na orzecznictwo dotyczące gwarancji jako nie podlegającej wykładni liberalnej, elastycznej, niemożności stosowania art. 65 kc, ścisłej interpretacji, charakterze gwarancji jako zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, niezbędnej pewności beneficjenta co do realnej możliwości zaspokojenia.

Strony postępowania odwoławczego złożyły następujące oświadczenia:
Odwołujący zauważył, że ostatnia zmiana przepisów dot. wadium po raz pierwszych w historii ustawy zawęża katalog zatrzymania wadium. Stwierdził, że dla oceny poprawności treści gwarancji wadialnej jest jej zgodność z obowiązującymi przesłankami niezależnie od tego jakie przepisy prawa są w dokumencie powołane. Wskazał na konieczność racjonalności prowadzenia postępowania przez zmawiającego w tym wobec wykonawców i ewentualnie wobec gwaranta. Zauważył, że w złożonym piśmie bank potwierdził poprawność złożonej gwarancji i nie dokonywał interpretacji treści w sposób korzystny dla odwołującego. Przypomniał, że w istocie pozostają 3 przesłanki zatrzymania wadium dot. oświadczeń dokumentów i pełnomocnictw, a zamawiający wzywając do ich uzupełnienia i złożenia nie nazywa ich dosłownie tak, jak w przepisie art. 46 ust 4a, lecz wskazuje wprost na rodzaj żądanego dokumentu.

Zamawiający stwierdził, że istotna jest możliwość rzeczywistego zaspokojenia z wadium złożonego w formie gwarancji bankowej. Przypomniał definicję takiej gwarancji z art. 81 prawa bankowego i podkreślił wymóg literalnej wykładni treści dokumentu bez stosowania reguł z art. 65 § 2 Kc. Stwierdził, że w analogicznych stanach faktycznych zamawiający odrzucają oferty.
Przytoczył treść gwarancji i wskazane przesłanki zatrzymania wadium zauważając, że uniemożliwia to zaspokojenie z gwarancji w przypadkach nie wymienionych w tej treści. Złożone przez odwołującego pismo banku z 02.11.2016 r. ocenił jako stanowiące interpretację wystawionej gwarancji nie mające znaczenia w sprawie.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podzielił stanowisko zamawiającego. Podkreślił funkcje wadium, które niezależnie od formy wniesienia ma gwarantować beneficjentowi zaspokojenie o płynności takiej samej jak pieniężna. Zauważył, że w treści dokumentu gwarancyjnego nie powołano przepisu prawa tj. art. 46 ust 4a lecz opisano przesłanki zatrzymania, jednakże nie wskazano wszystkich wynikających z obowiązujących przepisów.

Wskazał przy tym na przepis art. 25 a ust. 1 Pzp. Podzielił opinię zamawiającego, co do pisma banku z dnia 02.11.2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron i uczestnika, uwzględniając stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego z załączonym dokumentem gwarancji bankowej, a także obowiązujący dla postępowania stan prawny, zważyła, co następuje.

Izba uznaje, że odwołujący legitymuje się materialno prawną przesłanką rozpoznania odwołania, a tym samym wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, zdefiniowany w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte dnia 8 sierpnia 2016 r. tj. po dniu 28 lipca 2016 r., kiedy to weszła w życia ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Ustawa ta ma zastosowanie w niniejszej sprawie z uwagi na datę ogłoszenia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego.
Zgodnie z obowiązującym brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy, do którego odsyła także siwz „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Jest niesporne w sprawie, że Odwołujący wraz z ofertą przedłożył gwarancję bankową wystawioną przez CREDIT AGRICOLE BANK POLSKA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwaną także „Gwarancją"), w której treści wskazano, między innymi, że: „...my, CREDIT AGRICOLE Bank Polska S.A., działając na zlecenie Wykonawcy, nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się do zapłacenia Państwu [...] każdej kwoty lub kwot do ich łącznej, maksymalnej wysokości: 115,000,00 złotych (słownie: sto piętnaście tysięcy złotych), niezwłocznie po otrzymaniu każdego, pisemnego żądania zapłaty Zamawiającego, powołującego się na niniejszą gwarancję, zawierającego oświadczenie, że:
1. (punkt niesporny zawierający cytat art. 46 ust. 5 ustawy pzp. Przyp. KIO) lub gdy
2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („PZP”), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył art. 25 ust 1 PZP, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w

pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 PZP, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.” Nietrudno zauważyć, że powyższa treść stanowi cytat przepisu art. 46 ust. 4a ustawy pzp w brzmieniu przed wejściem w życie wyżej wskazanej nowelizacji ustawy pzp.
Porównując treść poprzednio i aktualnie obowiązującego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy, stwierdzić należy, że treść okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium w aktualnie obowiązującym stanie prawnym jest praktycznie taka sama, a biorąc pod uwagę rezygnacje z wymogów informacyjnych, co do grupy kapitałowej, ograniczona w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Zatem także w przypadku, w którym świadczenie gwaranta przybrało postać taką, jaką miały przepisy poprzednio obowiązujące, a jest to stan faktyczny podlegający obecnie ocenie i rozstrzyganiu, uznać należy, że obejmuje ono swoim zakresem wszystkie okoliczności zatrzymania wadium, o których mowa także w aktualnie obowiązującym stanie prawnym. W istocie rzeczy w zakresie okoliczności zatrzymania wadium ustawy powołana wprowadziła zmianę niektórych jednostek redakcyjnych wcześniej przedstawionych przez strony, w tym nowy art. 26 ust. 3a dotyczący pełnomocnictw, poprzednio opisanych w art. 26 ust. 3. Powyższe nie ma znaczenia merytorycznego bowiem w treści Gwarancji na wezwanie do złożenia pełnomocnictw wskazano wprost na taką sytuację: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 /…/ z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których: mowa w art. 25 ust. 1 PZP, pełnomocnictw”.
W zakresie pozostałych dokumentów stan prawny także nie uległ zmianie na tyle, by nie móc uznać zobowiązania gwaranta za niewystarczające. Poprzednio obowiązujący przepis

artykułu 46 ust. 4a wskazywał na te same okoliczności, które dotyczą obowiązku złożenia oświadczenia lub dokumentów, niezależnie od postawy prawnej żądania ich przedłożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Oznacza to, że wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia, niezależnie od podstawy prawnej ich żądania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są w dokumentami lub oświadczeniami składanymi wraz z ofertą lub na wezwanie zamawiającego; dokumentem takim stanowiącym oświadczenie wykonawcy jest również jednolity europejski dokument zamówienia.
W tej sytuacji skład orzekający uznaje, że pomimo braku zacytowania wprost w udzielonej gwarancji wadialnej przepisu art. 46 ust. 4a ustawy pzp w aktualnie obowiązującym brzmieniu przedłożona gwarancja daje możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w obowiązującym stanie prawnym, co jest wystarczające dla uznania jej za wniesioną prawidłowo.

Nie budzą wątpliwości postanowienia Gwarancji, które wskazują na jej bezwarunkowy i nieodwołany charakter oraz zobowiązanie się gwaranta do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego. Dodatkowo można zauważyć, że treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu ustawy pzp, a za wystarczające uznać należy opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty; możliwe jest także odesłanie do przepisów prawa określających warunki zapłaty czy też wskazanie, że bank zapłaci sumę gwarancyjną na zasadach określonych w ustawie. Niewątpliwie jednak każdorazowo wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji przez jej beneficjenta.
Tym samym, jakkolwiek treść przedłożonej przez odwołującego gwarancji, pomimo, że nie jest literalnie zgodna z przepisem zmienionego art. 46 ust. 4a ustawy pzp, daje Zamawiającemu pewność, co do tego, że zaspokoi on swoje ewentualne roszczenia z Gwarancji w razie wystąpienia jednej z okoliczności wskazanych w jej treści, a dotyczących zatrzymania wadium.
Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp i w takim stanie rzeczy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący: ……