Sygn. akt: KIO 2591/17 WYROK
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 grudnia 2017r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2017r. przez **wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkieterów 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Ministerstwo Rozwoju z siedzibą w Warszawie, pl. Trzech Krzyży 3/5**

przy udziale **wykonawcy Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2591/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkieterów 15, i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7** i
   2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkieterów 15** tytułem wpisu od odwołania

---

   2.2. Zasądza od **wykonawcy Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7** na rzecz **wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkieterów 15** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt KIO 2591/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wdrożenie centralnego Systemu Wydruku wraz z pełną obsługą serwisową, na bazie którego będzie świadczona usługa umożliwiająca Zamawiającemu wykonywanie czarnobiałych i kolorowych kopii/wydruków dokumentów oraz skanowania na urządzeniach wielofunkcyjnych Wykonawcy, zainstalowanych w siedzibach Zamawiającego w Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 września 2017r. nr 2017/S 168 -345645.
W dniu 27 listopada 2017r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Arcus Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i odrzucił ofertę wykonawcy Konica Minolta Bisness Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie – dalej odwołujący na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z uwagi na niezabezpieczenie oferty wadium gwarantującym jego wypłatę we wszystkich ustawowo przewidzianych przypadkach, w tym w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
W dniu 7 grudnia 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Zostało ono podpisane przez pełnomocnika, który był umocowany na podstawie pełnomocnictwa z 6 grudnia 2017r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w załączonym wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana faxem 7 grudnia 2017 r.
Odwołujący zaskarżył czynności i zaniechania zamawiającego:
a. wyboru oferty Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Arcus") jako najkorzystniejszej;
odrzucenia oferty odwołującego b. z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy;
c. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:
a. art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy wobec odrzucenia oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, podczas gdy gwarancja bankowa wniesiona przez odwołującego zabezpiecza interesy zamawiającego i upoważnia go do zatrzymania wadium w przypadku zajścia każdej z okoliczności wymienionej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy;
b. art. 91ust. 1 ustawy przez wybór oferty Arcus jako oferty najkorzystniejszej;
c. art. 65 § 1 k.c. 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;
d. art. 65 § 2 k.c. poprzez zaniechanie dokonania wykładni umowy w sposób nakazujący badanie zgodnego zamiaru stron i cel umowy, zamiast opierać się na jej dosłownym brzmieniu;
e. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów PZP;
Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru i dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
Interes we wniesieniu odwołania
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. Przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów, odwołujący może utracić możliwość uzyskania zamówienia, co spowoduje poniesienie szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi zatem odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i w rezultacie, zawarcie umowy z zamawiającym oraz uzyskanie zysku z jej realizacji.
Odwołujący złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu. Zgodnie z pkt 6.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „siwz") zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 100.000,00 zł.
Z gwarancji wadialnej załączonej do oferty odwołującego wystawionej przez bank „Societe Generale" Spółka Akcyjna Oddział w Polsce (dalej: „Bank") wynikało zobowiązanie wypłacenia kwoty nieprzekraczającej 100.000,00 zł w przypadkach, gdy:
a) wykonawca po powiadomieniu go o wyborze jego oferty przez zamawiającego:
- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; lub gdy
wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, b) przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów z potwierdzających okoliczności, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o

którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

4

Jest więc bezsporne, że w gwarancji złożonej przez odwołującego nie została wyodrębniona przesłanka zatrzymania wadium o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2) ustawy, zgodnie z którym uprawnienie to istnieje w przypadku niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
Zgodnie z pkt 15.1 siwz zamawiający wymagał od wykonawcy przed podpisaniem umowy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny podanej w ofercie.
Odwołujący wskazał, że instytucja gwarancji bankowej jest uregulowana ustawą Prawo bankowe z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U.2017.1876 ze zm.) (dalej: „Prawo bankowe" albo „pr.bank."). Zgodnie z art. 81 ust. 1 pr. bank. gwarancją bankową jest 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. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje, pod rygorem nieważności, na piśmie. Zgodnie z treścią art. 84 pr. bank., do gwarancji bankowych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (Dz.U.2017.459 ze zm.) (dalej: „k.c.").
Przepisy ustawy nie determinują treści gwarancji bankowej. Z ustawy nie wynikają bowiem żadne szczegółowe wymagania w odniesieniu do treści gwarancji bankowej.
Zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a i 5 ustawy wadium może zostać zatrzymane w przypadkach określonych tymi przepisami. Oznacza to, że wadium zostaje wniesione na zabezpieczenie wystąpienia tego rodzaju zdarzeń. Gwarancja bankowa stanowiąca formę wadium musi zatem umożliwiać zamawiającemu zatrzymanie wadium w przypadku wystąpienia którejkolwiek z sytuacji wskazanej w tych przepisach. Nie oznacza to jednak, że okoliczności te muszą zostać wprost wskazane w treści gwarancji, ani też, że przepisy mówiące o okolicznościach umożliwiających zatrzymanie wadium muszą zostać literalnie powtórzone.
Powyższe zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie:
„Jednoznacznie i kategorycznie stwierdzić należy, iż gwarancja w swej treści musi zabezpieczać należycie interesy Zamawiającego, co oznacza, iż jej postanowienia muszą odpowiadać wymogom siwz i przepisom ustawy, innymi słowy jak stwierdza siwz "z treści gwarancji fakty te mają wynikać", nie zaś je literalnie powtarzać (cytować). (...) gwarant określając rezultat zabezpieczenia w treści listu gwarancyjnego, nie musi cytować brzmienia art. 46 ust. 5 ustawy. (...). " - Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2009 r., X Ga 81/09.
W doktrynie przeważa pogląd, że gwarancja bankowa jest umową („taki pogląd prezentują m.in. G. Tracz, Umowa gwarancji (ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej),

5

Kraków 1998, s. 200; A. Koch, w: J. Panowicz-Lipska (red.), System..., s. 615-617; M. Bączyk, w: S. Włodyka (red.), System..., s. 903; odmiennie J. Pisuliński, w: Prawo..., s. 332-333; M. Olechowski, Charakter prawny gwarancji bankowej, PiP 1997, z. 6, s. 72 i n.
Głównym źródłem gwarancji bankowej jest umowa pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem gwarancji (zob. wyrok SN z 16 kwietnia 1996 r., II CRN 38/96, LexPolonica nr 309782, OSNC 1996, nr 9, poz. 122; zob. także wyrok SN z 20 grudnia 2012 r., I CKU 30/96, Lex nr 1095807, w którym SN uznał, że gwarancja bankowa jest pozakodeksową umową nazwaną, uregulowaną w prawie bankowym)" - Kawulski Arkadiusz, Prawo bankowe. Komentarz do art. 81, Lex.
Zgodnie z treścią art. 65 ust. 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Natomiast zgodnie z art. 65 § 1 k.c. mającym zastosowanie do wszelkich oświadczeń woli, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stanowisko, iż gwarancja bankowa podlega wykładni jest akceptowane w doktrynie oraz wielokrotnie potwierdzone w

orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: np. w wyroku KIO z 30.07.2009 r. (KIO/UZP 930/09, LEX nr 511888) oraz w wyroku KIO z 10.05.2011 r. (KIO 883/11, LEX nr 818289), Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 46 Pzp, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO 632/17, Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 45 Pzp, wyd. II, wyrok SN z dnia 26 czerwca 2007 r., IV CSK, 95/07. Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r., KIO 235/13
Zgodnie z treścią art. 65 ust. 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Natomiast zgodnie z art. 65 § 1 k.c. mającym zastosowanie do wszelkich oświadczeń woli, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stanowisko, iż gwarancja bankowa podlega wykładni jest akceptowane w doktrynie oraz wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r., KIO 235/13
Przy wykładni oświadczeń woli, zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2007 r. należy brać pod uwagę m.in. kontekst sytuacyjny oraz założyć racjonalność uczestników obrotu prawnego: „ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst, dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Kłóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników

obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)."
Zauważa się, iż z oczywistych powodów, wykładania gwarancji nie może być zbyt daleko idąca, nie kwestionując jednak, iż w ogóle podlega ona wykładni: „Gwarancja wadialna jest takiego rodzaju dokumentem, który nie może podlegać liberalnej wykładni. Niemniej jednak podlega wykładni (każdy dokument podlega wykładni, rozumianej jako proces dochodzenia do rozumienia jego treści) - tyle, że nie może ona być zbyt daleko idąca."
Dla ważności gwarancji istotne jest faktyczne zabezpieczenie możliwości zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy a nie jej literalna treść
Ustawa nie statuuje żadnych wymagań dotyczących brzmienia gwarancji bankowej stanowiącej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym, nie jest uprawnione twierdzenie, iż dla „prawidłowego" wniesienia wadium w treści gwarancji bankowej konieczne jest literalne, dokładne powtórzenie okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.
W ocenie odwołującego gwarancja bankowa załączona do oferty odwołującego umożliwia zamawiającemu zatrzymanie wadium w przypadku zajścia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Brak bezpośredniego wskazania w treści gwarancji na możliwość zatrzymania wadium w przypadku niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie uniemożliwia zatrzymania wadium w takim przypadku. Okoliczność niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi, zgodnie z treścią art. 94 ust. 3 ustawy, okoliczność uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z interpretacji obydwu przepisów: art. 46 ust. 5 ustawy oraz art. 94 ust. 3 ustawy należy, w ocenie odwołującego, wyciągnąć taki wniosek, iż przesłanka zatrzymania wadium o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2) ustawy zawiera się w przesłance o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy. W związku z tym, nawet w przypadku niewskazania w treści gwarancji bankowej możliwości zatrzymania wadium w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, taka możliwość faktycznie istnieje, gdyż niewniesienie zabezpieczenia stanowi okoliczność uniemożliwiającą zawarcie umowy, niewątpliwie leżącą po stronie wykonawcy. Przesłanka zatrzymania wadium w przypadku, gdy podpisanie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, została natomiast wskazana wprost w treści gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego. To oznacza, że gwarancja bankowa złożona przez odwołującego zabezpiecza możliwość zatrzymania wadium we wszystkich przypadkach stanowiących

podstawę do zatrzymania wadium o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, co oznacza, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.
Zgodnie z treścią art. 94 ust. 3 ustawy w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Z przywołanego przepisu wynika zatem, iż (a) uchylanie się od zawarcia umowy a także (b) niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, skutkują brakiem możliwości zawarcia umowy z takim wykonawcą. W takiej sytuacji, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Przepis ten ma charakter fakultatywny, a więc zamawiający może, ale nie musi z niego skorzystać, jednak niewątpliwie w każdym przypadku niewniesienie zabezpieczenia uniemożliwia zawarcie umowy z danym wykonawcą, bowiem alternatywą dla wyboru jest zakończenie postępowania bez zawarcia umowy. Innymi słowy - w razie niewniesienia wymaganego zabezpieczenia, zamawiający nie jest uprawniony do zawarcia umowy z wykonawcą, który tego zabezpieczenia nie wniósł. Jak podnosi się w doktrynie, „Ustawodawca stworzył bowiem omawianym przepisem swego rodzaju furtkę, by zamawiający mógł wypełnić cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy nierzetelny wykonawca uchyla się od podpisania umowy lub nie wnosi wymagalnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy". Nieskorzystanie z tego przepisu oznacza zakończenie postępowania bez zawarcia umowy. Treść art. 94 ust. 3 ustawy oraz wskazane powyżej poglądy doktryny w ocenie odwołującego jednoznacznie potwierdzają, iż niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi okoliczność, której skutkiem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą, który nie wnosi zabezpieczenia, jest niemożliwe. Zatem nawet w przypadku niewskazania wyraźnie w treści gwarancji, iż Zamawiający jest w takim przypadku uprawniony do zatrzymania wadium, faktycznie jest do tego uprawniony, gdyż niewniesienie zabezpieczenia jest jedną z okoliczności o których mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3) Pzp, która skutkuje niemożliwością zawarcia umowy. Niewniesienie zabezpieczenia bez wątpienia jest „przyczyną leżącą po stronie wykonawcy".
Faktyczna możliwość zatrzymania wadium w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy została potwierdzona przez Bank, który wystawił gwarancję. Oświadczenie Banku w tym zakresie stanowi załącznik do niniejszego odwołania.
Jako dowód odwołujący powołał oświadczenie Banku ws. Gwarancji.
W ocenie odwołującego oświadczenie Banku stanowi wykładnię autentyczną załączonej do oferty gwarancji bankowej. Bank bez żadnych wątpliwości potwierdził, iż zamawiający miałby prawo do zatrzymania wadium także w przypadku, gdyby odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. To oznacza, że wadium w postaci gwarancji

bankowej zostało przez odwołującego wniesione prawidłowo, a zatem zamawiający w sposób bezzasadny zastosował art. 87ust. 1 pkt 7b) ustawy i odrzucił ofertę odwołującego.
Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO gwarancja bankowa, niezależnie od zawartych w jej treści omyłek czy nieprawidłowości, jest prawidłowa wtedy, gdy faktycznie umożliwia ona rzeczywistą możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego z wystawionej gwarancji.
W ocenie odwołującego, art. 46 ust. 5 pkt 2) ustawy stanowi superfluum ustawowe, gdyż możliwość zatrzymania wadium w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi okoliczność uniemożliwiającą zawarcie umowy z winy wykonawcy, a więc zawiera się ona w art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy. Za uznaniem, iż analizowana gwarancja bankowa zabezpiecza możliwość zatrzymania wadium również w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przemawia również wykładnia nakazująca wzięcie pod uwagę kontekstu sytuacyjnego oraz uwzględnienie racjonalności podmiotów zawierających umowę. Po pierwsze, odwołujący podkreślił, że niewątpliwym celem odwołującego było uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu. W tym celu odwołujący złożył ofertę zgodną z siwz oraz przedłożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty (w tym gwarancję bankową stanowiącą formę wniesienia

wadium). Celem odwołującego było bowiem uzyskanie zamówienia. Taka wykładnia złożonej gwarancji, która uniemożliwia udział odwołującego w postępowaniu jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tłumaczyć tak, jak wymagają tego okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z okoliczności, w których oświadczenie znajdujące się w treści gwarancji bankowej zostało złożone, bez wątpienia wynika, że celem odwołującego było złożenie gwarancji stanowiącej wadium w niniejszym postępowaniu, zgodnie z wymogami zawartymi w siwz oraz przepisach. Niewątpliwie, według odwołującego z okoliczności sprawy wynika, że także celem Banku - gwaranta było udzielenie gwarancji zabezpieczającej możliwość udziału. Wynika to nie tylko z oświadczenia Banku złożonego już po terminie składania ofert, lecz także z samych okoliczności uzyskania gwarancji, wskutek zwrócenia się do Banku z wnioskiem o zabezpieczenie wadialne oferty składanej w konkretnym postępowaniu. Bank miał więc świadomość celu, w jakim uzyskiwana jest gwarancja, a jako podmiot profesjonalny musiał zdawać sobie sprawę z tego, jakie przypadki gwarancja ma zabezpieczać.
Podkreślił, iż z punktu widzenia relacji pomiędzy zamawiającym a Bankiem, nie ma żadnej wątpliwości, że w sytuacji, w której nastąpiłoby jakiekolwiek zdarzenie leżące po stronie wykonawcy, które uniemożliwiłoby zawarcie z nim umowy (np. niewniesienie wymaganego zabezpieczenia), Bank nie miałby żadnych podstaw by odmówić wypłaty kwoty gwarancji. Zasadniczy cel wniesienia wadium jest więc zabezpieczony nie tylko przy uwzględnieniu

---

wykładni treści gwarancji dokonywanej z uwzględnieniem okoliczności złożenia oświadczenia Banku - gwaranta, lecz także wyłącznie w oparciu o samą treść dokumentu gwarancji.
Kolejnym argumentem przemawiającym za uwzględnieniem niniejszego odwołania jest podkreślany powszechnie w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie, a ma on urzeczywistniać zasadę prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie zbytni formalizm zamawiającego nie tylko powoduje uniemożliwienie odwołującemu uzyskanie zamówienia, lecz także jednocześnie wywołuje skutki niekorzystne dla zamawiającego, gdyż w rezultacie był on zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej o ponad 1 mln zł.
Jak wynika z aktualnego orzecznictwa KIO dopuszczalne jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia kwestii dotyczących gwarancji bankowej, które wzbudzają wątpliwości zamawiającego – tak wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO 632/17, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r KIO 150/12
Z ostrożności odwołujący zarzuca więc zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień dokumentu gwarancji wadialnej.
Odwołujący wskazał także, że nawet w przypadku uznania, iż zamawiający nie może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści gwarancji, z innego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż samodzielne złożenie przez wykonawcę, co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu, dokumentu potwierdzającego możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego, powinno być wzięte pod uwagę. Załączone do niniejszego odwołania oświadczenie Banku zawiera wszelkie elementy wskazane w wyżej przytoczonym orzeczeniu KIO, niezbędne do potwierdzenia możliwości skutecznego dochodzenia uprawnień z gwarancji - zostało ono podpisane przez te same osoby, które podpisały samą gwarancję bankową, w oświadczeniu znajduje odniesienie się do gwarancji bankowej (wskazany został numer gwarancji, nazwa i numer postępowania, podmiot zamawiający) oraz zostało ono złożone na piśmie. Złożone oświadczenie bez żadnych wątpliwości potwierdza zatem możliwość zatrzymania wadium także w przypadku niewniesienia przez odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Oświadczenie Banku zostało złożone przed momentem, w którym potencjalnie mogłaby ziścić się przesłanka zatrzymania gwarancji. Gdyby w obecnym stanie faktycznym zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, a następnie odwołujący odmówiłby wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to nie ma żadnych wątpliwości, że wszelkie ewentualne wątpliwości co do możliwości skorzystania z gwarancji wadialnej zostały rozwiane poprzez oświadczenie Banku. Powyższe potwierdza, że postulowana przez KIO w cytowanych wyżej wyrokach możliwość prowadzenia wyjaśnień lub przedstawiania dowodów

co do wykładni treści gwarancji, jest głęboko uzasadniona celem postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, przy równoczesnym pełnym zachowaniu bezpieczeństwa prawnego zamawiającego.
Odwołujący wskazał również, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, w przypadku niezłożenia przez wykonawcę innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia
postępowania lub w przypadku, gdy dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. W związku z powyższym, odwołujący z ostrożności podnosi zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia gwarancji wadialnej, ewentualnie zaniechania wezwania do jej poprawienia lub wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie gwarancji bankowej wbrew obowiązkowi z art. 26 ust. 3 ustawy.
W dniu 8 grudnia 217r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.
W dniu 11 grudnia 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział ARCUS SA z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7 wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 grudnia 2017r.

W dniu 15 grudnia 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości i unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 listopada, powtórzy czynność badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści siwz oraz oferty odwołującego i informacji o wyniku postępowania, a także z pisma banku z dnia 19 października 2017r.
Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie jest sporny, gdyż odwołujący nie kwestionuje, że zamawiający wymagał wniesienia wadium zabezpieczającego zamawiającego w przypadkach opisanych w ustawie w art. 46 ust. 4a i ust. 5, ani tego, że w treści jego gwarancji bankowej nie wskazano jako podstawy zgłoszenia przez zamawiającego roszczenia – nie wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z wniosku odwołującego do banku wynika, że był on złożony 20 września 2017r. i miał obejmować okres od 11 października 2017r. przez okres 90 dni na kwotę 100 000zł. i w załączeniu przekazano siwz.
Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 20 października 2017r. Z pisma banku wynika, że bank stoi na stanowisku, że podstawa zgłoszenia roszczenia z
wadium – nie wniesienie przez wykonawcę – odwołującego zabezpieczenie należytego wykonania umowy mieści się w podstawie – nie doszło do podpisania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
Izba ustaliła następujący stan prawny:
Art. 7 [Zasady uczciwej konkurencji]
1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Art. 26 [Składanie dokumentów określonych w art. 25 ust. 1]
1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do

udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.
2c. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji.
2f. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

---

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania
wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
3a. Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
Art. 45 [Wadium]
1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.
3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
4. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.
5. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.
5a. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.
6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
1) pieniądzu;
2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
3) gwarancjach bankowych;
4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz 2017 r. poz. 1089).
7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.
8. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

Art. 46 [Zwrot wadium]
1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. 1a. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca
wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.
2. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.
3. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.
4. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.
4a. 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.
5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
Art. 89 [Odrzucenie oferty]
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium;
Art. 91 [Kryteria oceny ofert]
1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 94 [Termin zawarcia umowy]
1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:
1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli:
1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia:
a) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę,
b) w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy upłynął termin do wniesienia odwołania na tę czynność lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze; lub

2) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej; lub
3) w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 upłynął termin do wniesienia odwołania na czynności zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze.
3. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.
Art. 65 kc [Wykładnia]
§ 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.

Art. 70[4] [Wadium]
§ 1. W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). § 2. Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia
umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.
Izba ustaliła, że treść art. 46 ust. 5 ustawy nie uległa zmianie od daty uchwalenia Prawa Zamówień Publicznych w 2004r.
Z orzecznictwa wynika, że:
Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 marca 2006r. sygn.. akt UZP/ZO/0-726/06 orzekł, że:
1.Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej należy uznać za spełnione, jeżeli z treści tego dokumentu wynika, że interesy zamawiającego w zakresie roszczenia o wypłatę wadium są zabezpieczone w okolicznościach wymienionych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak istotą gwarancji wadialnej nie jest spełnienie warunku dosłownego brzemienia z zapisem ustawowym, ale zagwarantowanie zamawiającemu zatrzymania wadium w okolicznościach określonych ustawą.
2. Okoliczność niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed jej podpisaniem uniemożliwia zawarcie umowy z przyczyny leżącej po stronie wykonawcy, czyli wypełnia przesłankę zawartą w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pogląd o tym, że dla prawidłowego wniesienia wadium nie jest konieczne dosłowne przepisanie przepisów ustawy pzp regulujących kwestie skorzystania przez zamawiającego z instytucji zatrzymania wadium, jest poglądem ugruntowanym i niezmiennym w orzecznictwie tak Zespołów Arbitrów, Izby jak i sądów powszechnych. Tym samym fakt nie przepisania jednej z przesłanek zatrzymania wadium do treści gwarancji wadialnej, musi być przeanalizowany pod kątem tego, czy mimo takiego braku interes zamawiającego nadal jest zabezpieczony. Izba dokonała takiej analizy i uznała, że argumentacja odwołującego i zamawiającego jest spójna logiczna i konsekwentna. W ocenie Izby wszystkie przesłanki określone w art. 46 ust. 5 ustawy dotyczą momentu po wyborze oferty najkorzystniejszej i wzajemnie się przenikają przykładowo odmowa podpisania umowy, jest to niewątpliwie okoliczność zależna od woli wykonawcy i skutkująca niemożnością zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a więc mieści się w art. 46 ust. 5 pkt. 1 i jednocześnie pkt 3, może być jawna lub milcząca np. przez niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania

---

umowy, a więc może wypełniać także przesłankę z art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy. Podobnie niewniesienia należytego wykonania umowy powoduje brak możliwości zawarcia umowy, co

jest w orzecznictwie Izby i doktrynie bezsporne, choćby wystarczy wskazać na komentarze do art. 147 ustawy M Jaworskiej wyd. 3 rok 2017 (1), czy P. Graneckiego wyd. 5 z 2016r. (2). „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy już z samej istoty (określonej w art. 147 ust. 2 PrZamPubl) powinno bowiem zabezpieczać roszczenia zamawiającego związane z jej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem od dnia jej zawarcia. Dopuszczenie do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy po jej zawarciu oznaczałoby, że – w przypadku uchylenia się przez wykonawcę od tego obowiązku – zamawiający nie mógłby skorzystać z przepisu art. 94 ust. 3 PrZamPubl, umożliwiającego zamawiającemu podpisanie umowy z kolejnym wykonawcą. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Podobnie w przypadku zastosowania tzw. procedury odwróconej – jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych (art. 24aa ust. 2 PrZamPubl). Dopiero po zawarciu umowy oraz wniesieniu należytego zabezpieczenia jej wykonania zamawiający niezwłocznie zwraca wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 1a PrZamPubl), w czym wyraża się podstawowa funkcja wadium, jaką jest zabezpieczenie zawarcia umowy. Jeżeli natomiast wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami na postawie art. 46 ust. 5 pkt 2 PrZamPubl. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wniesienie zabezpieczenia odpowiedzialność solidarną ponoszą wszyscy wykonawcy (art. 141 PrZamPubl).”

2. Ustawa nie określa terminu wniesienia zabezpieczenia. Możliwe jest określenie w specyfikacji na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 15 PrZamPubl szczegółowych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym także terminu jego wniesienia najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia. Zdaniem Autora niedopuszczalne jest wniesienie zabezpieczenia już po podpisaniu umowy. Wniosek taki wynika z obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, prowadzenia postępowania z należytą starannością.
Charakter akcesoryjny zabezpieczenia. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma charakter akcesoryjny. Byt prawny zabezpieczenia zależy od istnienia stosunku

zobowiązaniowego pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w tym sensie, że nie może ono powstać bez umowy w sprawie zamówienia. Zgodnie z wyr. SA w Katowicach z 18.7.2013 r. (V ACA 248/13, Legalis): "Równocześnie przepis art. 147 ust. 1 przedmiotowej ustawy, wskazujący, że zamawiający ma wyłącznie prawo, a nie obowiązek ustawowy żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wskazuje na to, że wniesienie zabezpieczenia nie jest nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze (por. wyr. SA w Poznaniu z 28.12.2007 r., I ACa 1027/07, niepubl.)".
Moment powstania obowiązku wniesienia zabezpieczenia. W obecnym stanie prawnym zamawiający nie jest zobowiązany do żądania zabezpieczenia, a skorzystanie z tego uprawnienia będzie zależało od woli zamawiającego. Podejmując decyzję o żądaniu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim potencjalne ryzyko (i skutki) związane w niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, jak również i to, że żądanie zabezpieczenia może wiązać się ze wzrostem cen ofert.
Obowiązek wniesienia zabezpieczenia materializuje się dopiero wskutek uznania oferty za najkorzystniejszą i upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej, a więc materializuje się po dokonaniu czynności oceny oferty, w tym oceny zgodności jej treści z treścią siwz. Wobec powyższego sposób i termin wniesienia zabezpieczenia nie jest przedmiotem przyszłego świadczenia i tym samym nie jest on przedmiotem procesu ofertowania (wyr. KIO z 5.1.2012 r., KIO 2694/11).
Należy również zwrócić uwagę, że o ile przepis art. 46 ust. 5 nie uległ zmianie od momentu uchwalenia Prawa Zamówień Publicznych, to z kolei art. 147 ustawy ulegał zmianie i

wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy było obowiązkowe powyżej progów unijnych i odstąpienie od niego było możliwe tylko w wyjątkowych przypadkach. Tym samym w ocenie Izby choć przesłanki z art. 46 ust. 5 pkt. 1 i 2 ustawy mieszczą się w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, to jednak wskazanie tych przesłanek jako odrębnych ma znaczenie podkreślające znaczenie innych przepisów zamówień publicznych. W ocenie Izby przesłanka z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy nie tylko stanowi o niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ale podkreśla zasadę niezmienności oferty od chwili jej złożenia w terminie składania oferty. Istota tego przepisu bowiem sprowadza się do zakazu negocjacji oferty po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Stanowi o tym sformułowanie, że odmowa podpisania dotyczy warunków zawartych w ofercie, a więc być może wykonawca byłby skłonny zawrzeć umowę ale na innych warunkach niż zaoferował. Również art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy stanowi niemożność podpisania umowy, ale także podkreśla to, że jest to warunek zawarcia umowy, który stanowi prawo zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby nie można zgodzić się z podglądem, że przepisy art. 46 ust. 5 pkt 1 i 2

---

ustawy stanowią superfluum ustawowe wobec art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdyż mają na celu wyeksponowanie istotnych dla ustawodawcy treści, choć mieszczą się w przesłance z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy.
Izba celowo przytoczyła treść art. 70 (4) kc, gdyż z tego przepisu wynika, że przepadek wadium następuje każdorazowo, gdy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, a więc gdy
umowa nie dochodzi do skutku z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 25 sierpnia 2015r. sygn. akt V ACa 96/15 wskazał, że przepis art. 70[4] § 2 KC będzie miał zastosowanie do procedury udzielania zamówień publicznych w zakresie nieuregulowanym normami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). W konsekwencji prawa zamawiającego do zatrzymania wadium należy upatrywać na gruncie art. 46 ust. 5 powyższej ustawy, a uprawnień wykonawcy w stosunku do zamawiającego z tytułu uchylania się od zawarcia umowy - na gruncie art. 70[4] § 2 KC.
Tym samym płonne są obawy zamawiającego, że gdyby do niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy doszło z jego winy np. podał błędny numer rachunku bankowego na który należy wpłacić zabezpieczenie, to również w takim przypadku musiałby zatrzymać wykonawcy wadium.
W konsekwencji ustalenia przez Izbę, że art. 46 ust. 5 stanowi o przesłankach niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a taki zakres odpowiedzialności banku gwaranta został wprost w gwarancji wyrażony, to w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że gwarancja wadialna została nieprawidłowo wystawiona. Gwarancja obejmowała w prawidłowy sposób także przesłankę z art. 46 ust. 4a ustawy, czyli zabezpieczała roszczenia zamawiającego w pełni.
Co do argumentów podniesionych przez przystępującego w toku rozprawy dotyczących braku wskazania w treści gwarancji „płatności na pierwsze żądanie" oraz „bezwarunkowości" i zawarcia opisu sposobu przedstawienia żądania gwarancyjnego w sposób uznany przez przystępującego jako niejednoznaczny i sprzeczny z zasadą „bezwarunkowości gwarancji", to Izba stwierdza, że okoliczności te nie były podstawą odrzucenia oferty odwołującego i nie znalazły odzwierciedlenia w zarzutach odwołania, którymi Izba z mocy art. 192 ust. 7 ustawy jest związana.
Co do potrzeby wykładni art. 26 ust. 3 ustawy wskazanego przez odwołującego, to z uwagi na to, że Izba oceniła, że w świetle obowiązujących przepisów ustawy wniesione przez odwołującego wadium zabezpiecza interes zamawiającego, to rozstrzyganie tej kwestii nie służy rozstrzygnięciu okoliczności mających znaczenie dla wydawanego wyroku.

Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185

---

ust. 2 ustawy.
Izba ustaliła, że niezaistniała żadna z przesłanek, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wskazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił

przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy wobec odrzucenia oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, podczas gdy gwarancja bankowa wniesiona przez odwołującego zabezpiecza interesy zamawiającego i upoważnia go do zatrzymania wadium w przypadku zajścia każdej z okoliczności wymienionej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy;

Zarzut potwierdził się. Izba ustaliła, że treść gwarancji wadialnej wniesionej przez odwołującego obejmuje wszystkie przesłanki zatrzymania wadium z mocy art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, tym samym zamawiający wadliwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, gdyż oferta odwołującego była zabezpieczona wadium.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91ust. 1 ustawy przez wybór oferty Arcus jako oferty najkorzystniejszej;

Zarzut potwierdził się. Skoro zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, to jej pominięcie w procesie oceny ofert nie prowadziło do wyboru oferty według kryteriów opisanych w siwz. Tym samym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 65 § 1 k.c. 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 k.c. 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". W tym znaczenie wykładnia oświadczenia woli banku nie była konieczna, a Izba doszła do przekonania, że argumentacja odwołującego i zamawiającego jest prawidłowa i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy

Zarzut potwierdził się. W ocenie ofert nie brała udziału oferta, która została nieprawidłowo odrzucona. Taka sytuacja powoduje, że odwołujący został nierówno potraktowany, tym samym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy w związku z art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 lit. a i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 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 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając przystępującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując przystępującemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie z przedstawionymi rachunkami z ograniczeniem do kwoty dopuszczonej prawnie.

Przewodniczący: ……