Sygn. akt KIO 1050/15

WYROK
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 maja 2015r.** przez wykonawcę **PW Krystian sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **PW Krystian sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha,**
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **PW Krystian sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od odwołującego **PW Krystian sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha** na rzecz zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.
Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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 1050/15

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „Zakup środków ochrony indywidualnej higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ- SYSTEM S.A. - 9 części" (ogłoszenie o zamówieniu: 2015/S024-040557 z 4.02.2015 r.) w dniu 18 maja 2015 r. zostało w formie elektronicznej wniesione odwołanie przez wykonawcę PW Krystian sp. z o.o. ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert, wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz unieważnienia postępowania, w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 zamówienia, o których to zdarzeniach odwołujący został powiadomiony w dniu 7 maja 2015 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 maja 2015 r. do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, poprzez jego nieprawidłową wykładnię i uznanie, iż gwarancja bankowa przedłożona przez odwołującego nie spełnia wymagań określonych w dyspozycji ww. przepisu;

2. art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe

zastosowanie i uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a w konsekwencji uznaniu, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu;

3. art. 90 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w część nr 2, nr 4 i nr 8 postępowania;

4. art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 w związku z uznaniem, iż w powyższych częściach nie została złożona żadna oferta niepodlegającej odrzuceniu;

5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie złożonego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert, wykluczeniu odwołującego z postępowania, odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 zamówienia;

2. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 postępowania;

3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 postępowania;

Ponadto o:

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm odwoławczego, przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Na wstępie odwołujący powoływał się na swoje uprawnienia do wniesienia odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust.1 Pzp. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący uznał, że złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu oraz, że skutecznie wniósł wadium. Zaznaczał, że w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie jedyną ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertą w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 zamówienia, a tym samym winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w wymienionych częściach zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zakup środków ochrony indywidualnej, higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ- System S.A. Przedmiot zamówienia podzielony został na 9 części, między innymi:

część nr 2 - Odzież specjalistyczna letnia/zimowa;

część nr 4 - Buty zimowe;

część nr 8 - Spodnie do pasa.

Odwołujący złożył ofertę dotyczącą wszystkich 9 części zamówienia. W dniu 7 maja 2015 roku zamawiający przekazał zawiadomienie z dnia 7 maja 2015 r. o odrzuceniu złożonej

oferty oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 2 i nr 8 oraz pismo dnia 7 maja 2015 roku - zawiadomienie o odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 4. Dowód:

- zawiadomienie z dnia 7 maja 2015 roku dot. części nr 2 i nr 8- Załącznik nr 6
- zawiadomienie z dnia 7 maja 2015 roku dot. części nr 4- Załącznik nr 7

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w powyższych pismach zamawiający uznał, iż odwołujący nie wniósł skutecznie wadium zabezpieczającego ofertę, a tym samym podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie części nr 2, nr 4 i 8 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na zasadzie art. 24 ust. 4 Pzp, jako oferta wykonawcy

wykluczonego z postępowania.

W części nr 2 i nr 8 postępowania jedynie odwołujący złożył ofertę. W części nr 4 postępowania zostały złożone 2 oferty: oferta odwołującego, którą zamawiający odrzucił na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, oraz oferta wykonawcy Procurator BHP sp. z o.o., którą zamawiający odrzucił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako niezgodną z wymaganiami SIWZ.

W związku, z powyższym zamawiający uznał, że w części nr 2, nr 4 i nr 8 nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu i dlatego unieważnił postępowanie w części nr 2, nr 4 i nr 8 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Zważywszy, że uzasadnienie przyczyn wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty są identyczne dla część nr 2 i nr 4 (pismo zamawiającego z dnia 7 maja 2015 roku, znak: 2015-71465 PZ260.3.2015/29) oraz dla części nr 8 (pismo zamawiającego z dnia 7 maja 2015 roku, znak: 2015-71470 PZ260.3.2015/30) odwołujący przedstawił łączną argumentację dotyczącą uzasadnienia niezasadności przyczyn wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty dla części nr 2, nr 4 i nr 8 postępowania.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z rozdziałem XI ust. 8 SIWZ wadium wniesione m.in. w formie gwarancji bankowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Odnosząc się szczegółowo do podstaw zastosowania art. 24 ust. 2 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp zamawiający uznał, iż w jego ocenie wykonawca nie wniósł skutecznie wadium w terminie składania ofert ponieważ treść gwarancji wadialnej nr 3/GW/2015/01 z dnia 17 marca 2015 roku, wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Przysusze („Gwarancja wadialna 11") załączona do oferty wykonawcy jest niezgodna z obowiązującym brzmieniem art. 46 ust. 4a Pzp.

Zamawiający uznał za niezgodną z przepisem art. 46 ust. 4a Pzp wskazaną w pkt. 6 *in fine* Gwarancji wadialnej przesłankę zatrzymania wadium w brzmieniu: „Ponadto Wykonawca

traci wadium, jeżeli w odpowiedzi ma wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Ustawa"), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy; pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 2 pkt. 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, 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, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie [podkreślenie - Zamawiający].

Zamawiający w treści rozstrzygnięcia zaznaczył, że dodany na końcu zacytowanego powyżej fragmentu pkt. 6 Gwarancji wadialnej zwrot „(...) chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" nie znajduje potwierdzenia w dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 roku. Zamawiający wskazał zatem, że: *„Zgodnie z nowym art. 46 ust 4a ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn jeżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej."*

W ocenie zamawiającego, z uwagi na redakcję znowelizowanego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, zgodnie z jego nowym brzmieniem możliwość uwolnienia się wykonawcy od odpowiedzialności za brak uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, poprzez wykazanie braku winy wykonawcy, odnosi się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, na co w ocenie zamawiającego, jednoznacznie wskazuje umiejscowienie zwrotu „z przyczyn leżących po jego stronie", bezpośrednio po instytucji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp - czyli dotyczy braku uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pełnomocnictw oraz listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5 Pzp.

W ocenie zamawiającego, zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie" nie znajduje

zastosowania do odmowy wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Innymi słowy, w ocenie zamawiającego nie było intencją ustawodawcy, aby wykonawca mógł uwolnić się od odpowiedzialność za zatrzymanie wadium, w przypadku odmowy wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki w treści oferty, jeżeli taki wykonawca wykaże, że nie ponosi winy, tak jak w przypadku braku uzupełnienia dokumentów i

oświadczeń.

W przekonaniu zamawiającego umiejscowienie w pkt. 6 treści Gwarancji wadialnej odwołującego zwrotu, ”chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" powoduje, że wykonawca mógłby kwestionować zasadność zatrzymywania wadium w przypadku, gdy udowodni, że brak wyrażenia zgody na poprawienie omyłki wynikał z okoliczności przez niego niezawinionych. Z powyższych względów zamawiający uznał, że cytowany zapis gwarancji jest niezgodny z dyspozycją nowego brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż taka możliwość nie została w przepisie przewidziana. W konsekwencji powyższego zamawiający uznał, że wykonawca nie wniósł skutecznie wadium zabezpieczającego ofertę, a tym samym wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Odwołujący przestawił swoje stanowisko odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, jak niżej.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał nieprawidłowej, zawężającej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp, co doprowadziło do błędnego uznania, że Gwarancja wadialna odwołującego jest niezgodna z dyspozycją przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. Rozstrzygnięcie przedmiotowego sporu sprowadza się do ustalenia, czy dodanie na końcu pkt. 6 Gwarancji wadialnej zwrotu „chyba te udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie” jest sprzeczne z art. 46 ust. 4a Pzp, a w konsekwencji powoduje, że interesy zamawiającego polegające na możliwości skorzystania z wadium faktycznie nie są prawidłowo zabezpieczone jak twierdzi zamawiający. W konsekwencji powyższego konieczne jest również ustalenie, że zamawiający dokonał nieuprawnionej, zawężającej i niezgodnej z intencją ustawodawcy wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, uznając, że wykonawca nie jest uprawniony do kwestionowania zasadności zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanki „odmowy wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”, poprzez wykazanie, że nie ponosi winy.

W pierwszej kolejności wskazał, że zamawiający nietrafnie uznał jakoby treść Gwarancji wadialnej była niezgodna z aktualnym brzemieniem art. 46 ust. 4a Pzp, ponieważ nie odzwierciedla dokładnie dyspozycji ww. przepisu. Zauważył, iż treść Gwarancji wadialnej pkt. 6 *in fine* stanowi dokładne powtórzenie obowiązującego brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp. Co prawda na końcu pkt. 6 *in fine* znalazł się dopisek „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie“ zaczerpnięty z brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp sprzed nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 roku, nie mniej jednak, umieszczenie w treści gwarancji powyższego sformułowania w żaden sposób nie jest sprzeczne z art. 46 ust. 4a Pzp obowiązującym w dniu wystawienia Gwarancji wadialnej, a tym samym nie niweczy

skuteczności tego dokumentu. Dowód: gwarancja wadialna zapłaty wadium wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Przyszusze - Załącznik nr 8

Odwołujący zwracał uwagę, iż treść gwarancji wadialnej nie musi odzwierciedlać dokładnego brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, w tym m.in. wyrokiem z dnia 27 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 14/15, 19/15) *„Wzór zamawiającego nie jest obowiązkowy i nie musi być powtarzany przez wykonawcę słowo w słowo"* Analogicznie, w wyroku KIO dnia 4 marca 2011 roku (KIO 333/11) Izba uznała, że: *„Treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków uprawniających zamawiających do* żądania *wypłaty od jej wystawcy w sposób będący dosłownym powtórzeniem brzmienia przepisów art. 46 ust. 4a ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm).”* Analogicznie Izba orzekła w wyroku z dnia 18 października 2010 roku (sygn. akt KIO 2168/11): *„Gwarancja bankowa nie musi powtarzać brzmienia konkretnego przepisu p.z.p., w tym przypadku*

przepisów art. 46 ust 4a i ust 5 p.z.p., jednak z jej treści bezspornie powinno wynikać jakie spełnia funkcje," oraz w wyroku KIO z dnia 19 listopada 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1564/09): *„Ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje zakresu treści dokumentu będącego podstawą ustanowienia wadium, nie wymaga też precyzyjnego zapisania przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium. Treść dokumentu musi być oceniana pod kątem celu wniesienia wadium tj. skutecznego zabezpieczenia oferty. Pomimo, iż treść gwarancji nie zawiera treści literalnie tożsamej z określoną w SWIZ, nie można uznać, że gwarancja nie spełnia wymagań SIWZ. Wobec wskazania w gwarancji podstawy roszczeń w sposób generalny, brak powołania się na przepis art. 46 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowi przeszkody do egzekucji roszczeń z tytułów wskazanych w tym przepisie. Zdarzenia uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium nie muszą być wymienione w treści gwarancji."*

W kontekście powołanego powyżej orzecznictwa dla odwołującego było oczywistym, że brak dokładnego powtórzenia treści art. 46 ust. 4a Pzp, który w tym przypadku sprowadza się wyłącznie do umieszczenia na końcu cytowanego w treści Gwarancji wadialnej art. 46 ust. 4a Pzp zwrotu „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" nie może stanowić podstawy do uznania, jak czyni to zamawiający, że odwołujący nie wniósł skutecznie wadium,

W dalszej kolejności, podkreślał iż zamawiający nie kwestionuje braku w treści Gwarancji wadialnej którejkolwiek z przesłanek wymienionych w treści art. 46 ust. 4a Pzp. Zamawiający wywodzi tezę o niezgodności treści Gwarancji wadialnej z art. 46 ust. 4a Pzp wyłącznie z tego, że w ocenie zamawiającego wykonawca na gruncie znowelizowanego art.

---

46 ust. 4a Pzp nie może bronić sie przed zatrzymaniem wadium, w przypadku powołania sie przez zamawiającego na przesłankę „odmowy wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP" poprzez wykazanie przez wykonawcę, że nie ponosi on winy za brak wyrażenia takiej zgody. Taką interpretację w oczywisty sposób uznał za błędną i sprzeczną z celem przepisu art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołujący stanowczo utrzymywał, iż użyte w art. 46 ust. 4a Pzp sformułowanie „z przyczyn leżących po jego stronie" odnosi się nie tylko do kwestii uzupełniania oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jak twierdzi zamawiający), ale dotyczy wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie. Powyższe oznacza, że wykonawca może również zwolnić się z odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że brak wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w określonym przez zamawiającego terminie nie wynikał z przyczyn leżących po jego stronie, a więc był czynnością niezawinioną przez wykonawcę. Tym samym, dodanie na końcu pkt. 6 *in fine* Gwarancji wadialnej zwrotu: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" (który ma analogiczne znaczenie jak zwrot „ z przyczyn leżących po jego stronie") w żaden sposób nie zmienia sensu i znaczenia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, a tym samym gwarantuje skutecznie możliwość wykorzystania gwarancji wadialnej przez zamawiającego.

Na poprawność przedstawionej powyżej interpretacji art. 46 ust 4a Pzp według odwołującego - wskazują następujące okoliczności: w pierwszej kolejności podkreślał, iż przesłanki zatrzymania wadium, wskazane w art. 46 ust. 4a Pzp powiązane są z czynnościami, za których wystąpienie przypisać można winę wykonawcy. Powyższe potwierdza również orzecznictwo wydane na gruncie ustawy sprzed nowelizacji:
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 roku (II CSK 448/12): „Artykuł 46 ust 3 P.Z.P. opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny nie wykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania zmowom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, niepubl., przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje

się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W

konsekwencji uznać należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust 4a będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Wyrok SA w Białymstoku z dnia 11 marca 2014 roku (ACa 789/13): *„Do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust 4a ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) może dojść w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń."*

Dla oceny treści i wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp zasadnicze znaczenie ma również sam jego sens i cel - tj. ustanowienie ochrony zamawiającego przed ewentualną zmową wykonawców, a więc działaniem umyślnym, które zawsze łączy się z celowym i zawinionym działaniem wykonawcy. Konieczność celowościowej wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp potwierdzają liczne orzeczenia, zarówno Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz Sądów Apelacyjnych, w tym:

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2013 roku (V ACa 261/13) w którym Sąd zwrócił uwagę, że sposoby wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp „zaprezentował Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 maja 2012 r. w sprawie (...) [P 47/11 - przypis Odwołującego] powołując przy tym liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej (...)) Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Trybunał wskazał, że w orzecznictwie (...) dominuje pogląd, że art. 46 ust 4a p.z.p. ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym. (...). Wskazał jednocześnie, że z punktu widzenia potrzeby ochrony konstytucyjnych praw i wolności, w szczególności - wolności działalności gospodarczej - dokonując wykładni art. 46 ust 4a p.z.p. - nie można tracić z pola widzenia celu tego przepisu polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Niedopuszczalna jest też taka interpretacja, która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających. Wreszcie Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że nawet w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki zatrzymania wadium, zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego. Jak wskazano w wyroku S.A. w Warszawie z dnia 25 lipca 2013 roku (VI ACa 303/13): „Podkreślono, że art. 46 ust 4a PlanZagospU jest przepisem o charakterze restrykcyjnym i wyjątkowym ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy i dlatego powinien być stosowany bardzo ostrożnie" „Z uwagi na charakter regulacji zawartej w art. 46 ust 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) konieczna jest rygorystyczna wykładnia tego

przepisu w odniesieniu do przesłanek zatrzymania wadium przez zamawiającego z wykluczeniem rozszerzającego stosowania z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony (zapobieganie zmowom wykonawców), [podkreślenie własne] „Celem tego przepisu jest zapobieżenie zmowom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego wymogu, czy warunku nie wypełnili. Podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 roku (I CSK 422/12): *„(...) z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność [art. 46 ust. 4a - przypis odwołującego] powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania zmowom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z*

obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego". Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 roku, (I ACa 275/14) w przypadku art. 46 ust. 4a Pzp należy zwrócić uwagę na „potrzebę stosowania reguł wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a p.z.p. i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu *in casu* podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (zob. wyroki SN: z 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, LEX 1331255, z 4 marca 2013 r. i CSK 444/12). W uzasadnieniu ww. wyroku z 7 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a p.z.p.

W ocenie odwołującego, na co wskazuje powołane powyżej orzecznictwo, należy

dokonywać celowościowej a nie tylko literalnej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp. Kierując się zatem wykładnią celowościową i systemową, oraz mając na względzie racjonalność ustawodawcy i spójność regulacji jakim jest art. 46 ust. 4a Pzp niezasadne było uznanie, (jak czyni to zamawiający), że ustawodawca dzieli przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4a Pzp na takie, gdzie wykonawca może sie uwolnić od odpowiedzialności poprzez wykazanie braku winy w braku uzupełnienia oświadczeń, dokumentów listy podmiotów z grupy kapitałowej) oraz przesłankę polegającą na braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłek, w razie wystąpienia której wykonawca nie może sie bronić przed zatrzymaniem wadium poprzez wykazanie, że brak wyrażenia zgody na poprawienie innych omyłek był działaniem niezawinionym.

Zamawiający stosując przepisy ustawy Pzp zobowiązany jest dokonywać ich wykładni nie tylko w sposób literalny (jak uczynił to w niniejszym postępowaniu w sposób błędny), ale również winien brać pod uwagę sens i cel przepisu. Odwołujący zwracał uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w uchwale z dnia 22 marca 2007 roku (sygn. akt III CZP 8/07) w uzasadnieniu której wskazano, że wykładnia przepisu "nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne i niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu" oraz "w sytuacji natomiast w której ścisłe, literalne zinterpretowanie przepisu ustawy uniemożliwiałoby sensowne jego zastosowanie bądź prowadziło do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, sięganie przez organ stosujący prawo do innych sposobów wykładni jest jego obowiązkiem" oraz "zważyć należy, że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej, nie oznacza absolutnego porządku preferencji a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach, dopuszcza się od niej odstępstwa" uznano za zasadne posłużenie się wykładnią teleologiczną przy interpretacji art. 46 ust. 4a PlanZagospU, która to wykładnia obejmuje reguły nakazujące uwzględniać w procesie ustalania znaczenia normy, jej kontekst społeczny, ekonomiczny i aksjologiczny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 roku, I CKN 664/97).

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie jak i w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która wprowadziła instytucję zatrzymania wadium w razie braku uzupełnienia dokumentów, zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 46 ust. 4a Pzp, tj. sankcji zatrzymania wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, ma służyć wyłącznie przeciwdziałaniu zmowom przetargowym oraz niedozwolonemu manipulowaniu przez wykonawców przebiegiem postępowania o zamówienie publiczne - a więc działaniom

zawinionym przez wykonawcę. Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy: „Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów; bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3.".

Analogicznej wykładni przepisu art. 46 ust. 4a Pzp dokonują sądy, m.in. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 22 listopada 2012 roku, sygnatura: II CSK 448/12: *„Przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony ustawą nowelizującą, zaś celem było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzących do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez* żadnych *konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją jest konieczność* ścisłej *interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy."*

Odwołujący wskazywał jako istotne, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest dopuszczalne wyłącznie po zbadaniu przyczyn niewykonania wezwania, a „do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność, celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu sie wezwaniu zamawiającego. Nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania uzasadnia bowiem zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp. Ocenie w kontekście zawinienia muszą podlegać wszystkie okoliczności, którymi wykonawca tłumaczy niewykonanie wezwania o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów oraz związane z czasem opóźnienia i wpływem na przebieg postępowania przetargowego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 roku, Sygnatura akt I CSK 422/12). Analogicznie, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 roku, sygnatura: II CSK 675/10 „O istnieniu ryzyka zmowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia."

Szczególną uwagę zwracał odwołujący na uzasadnienie do projektu nowelizacji przepisów ustawy Pzp, która weszła w życie 19 października 2014 roku. Zgodnie uzasadnieniem projektu ustawy nowelizacja miała na celu ograniczenie występowania przypadków rażącego formalizmu oraz nieuzasadnionego nakładania surowych sankcji ekonomicznych na wykonawców. Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy (Nr druku: 1653). „Genezą przepisu art. 46 ust 4a Pzp było dążenie ustawodawcy do zapobieżenia zmowom przetargowym. Wdrożenie zmowy przetargowej w życie miałby polegać na celowym powstrzymaniu sie od złożenia dokumentów przez zmawiającego się, który złożył ofertę z niższą ceną, po to, aby zostać wykluczonym z postępowania. Po takim wykluczeniu zamawiający byłby zmuszony do zawarcia oferty z innym zmawiającym się, ale oczywiście po wyższej cenie. (...) W świetle powyższego, obowiązujący przepis razi bezwzględnym formalizmem. Aktualne brzmienie art. 46 ust 4a przewiduje bardzo surową sankcję ekonomiczną za dopełnienie obowiązku, który nie ma żadnego praktycznego znaczenia z punktu widzenia nie tylko celów przedsiębiorstwa, ale także celów postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W aktualnym stanie prawnym, przepis art. 46 ust 4a daje natomiast okazję do poprawienia sytuacji finansowej "skrupulatnych zamawiających. (...) Należy również podkreślić, iż dyrektywa 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz dyrektywa 2004/17/WE (tzw. nowa dyrektywa sektorowa), nie przewidują obowiązku zatrzymania wadium w przypadku nieuzupełnienia dokumentów po uprzednim wezwaniu zamawiającego. Zatem, nie wynika on bezpośrednio z dyrektywy, a jego istnienie ogranicza *de facto* konkurencję, gdyż doprowadza do sytuacji, w której wykonawca, obawiając się o utratę

wadium, w ogóle nie składa oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym istnieje także ryzyko, iż zamówienia udziela się wykonawcy droższemu (w przypadku gdy jedynym kryterium jest cena)."

Formalizm, o którym mowa w powyższym cytowanym fragmencie uzasadnienia do projektu ustawy nowelizującej m.in. art. 46 ust. 4a Pzp, dotyczył zatrzymywania przez wykonawców wadium w przypadku braku uzupełnienia dokumentów lub uzupełnienia dokumentów niepotwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli zatem intencją ustawodawcy było wyeliminowanie przypadków, w których wadium zatrzymywane jest wykonawcy, który uzupełnił dokumenty, które nie potwierdzają spełniania warunków, a przedmiotowy przepis ma zapobiegać umyślnemu nieuzupełnianiu dokumentów prowadzącym do zmów przetargowych, to tym bardziej nie można uznać, że intencją ustawodawcy było (jak twierdzi zamawiający) celowe wykluczenie sytuacji, w której wykonawca może uwolnić się zatrzymania wadium, w sytuacji gdy wykaże, że nie ponosi winy za brak udzielenia zgody na poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Według odwołującego, interpretacja przepisu, której dokonuje zamawiający,

prowadziłaby do absurdalnej sytuacji, w której wadium jest zatrzymywane wykonawcy, który z pełną świadomością nie wyraził zgody na poprawienie omyłki w jego ofercie, ponieważ z taką poprawką po prostu się nie zgadza. Uznanie za prawidłową wykładnię zamawiającego prowadzi do wniosku, że taki wykonawca nie będzie mógł bronić się przed sądem powszechnym wykazując, dlaczego nie wyraził zgody na poprawienie omyłki. Na analogiczny problem zwraca się uwagę m.in. M. Stachowiak w komentarzu do ustawy: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. LEX, komentarz do art. 46 ust. 4a Pzp: „Ustawodawca założył, że niezbędne jest wyrażenie zgody przez wykonawcę na zmianę jego oświadczenia woli, pomimo że poprawa omyłki może dotyczyć jedynie mniej znaczących niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający tym samym uzyskuje potwierdzenie, że w treści oferty wykonawca popełnił omyłkę, nie miał zaś zamiaru wyrażenia woli w sposób w niej wskazany. Karanie zatrzymaniem wadium przy odrzuceniu oferty ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nakazuje postawienie pytania o sprawiedliwe traktowanie wykonawców, którzy popełnili niezamierzoną omyłkę w treści oferty, nie mieli zamiaru realizacji zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego po poprawieniu tejże omyłki, a jednocześnie nie działali z pobudek związanych ze zmową lub innym działaniem o skutkach negatywnych dla zamawiającego.”

Z uwagi na fakt, że znowelizowany przepis art. 46 ust. 4a Pzp obowiązuje od niedawna brak jest orzecznictwa, czy to KIO czy sądów powszechnych, w zakresie interpretacji powyższego przepisu tj. uznania, że możliwość wykazania braku winy wykonawcy dotyczy wszystkich przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a Pzp, a tym również przesłanki dotyczącej braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Niemniej jednak, przedstawiona powyżej interpretacja według odwołującego znajduje potwierdzenie w najnowszych poglądach doktryny i orzecznictwie: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, 2015 wyd. 13; komentarz do art. 46 ust 4a Pzp: „Zatrzymanie wadium następuje tylko w ściśle określonych przypadkach, tj. w razie niedostarczenia żądanych na podstawie art. 26 ust 3 dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej albo w razie niewyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, niż pisarska czy rachunkowa. Jedyną możliwością uchronienia sie wykonawcy w takiej sytuacji od utraty wadium jest wykazanie, że niedostarczenie spowodowane jest przyczynami nieleżącymi po jego stronie; M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. LEX, komentarz do art. 46 ust. 4a Pzp: „Trudności interpretacyjnych nastręcza przesłanka zatrzymania wadium, opisana w art. 46 ust. 4a. Przepis ten wskazuje, że spełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez wykonawcę w przypadku, gdy:

1) wykonawca prawidłowo wezwany na podstawie art. 26 ust 3 p.z.p. do

uzupełnienia dokumentów, oświadczeń wymaganych w postępowaniu dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (o których mowa w art. 25 ust 1 p.z.p.), pełnomocnictw lub listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa

w art. 24 ust 2 pkt 5 p.z.p. lub informacji, że podmiot nie należy do takiej grupy, wskazanych dokumentów nie złożył, lub

2) wykonawca, w którego ofercie dokonano poprawienia omyłki w oparciu o przepisy art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p., nie wyraził zgody na poprawienie tej omyłki.

Sytuacje powyżej opisane dotyczą jednakże jedynie takiego wykonawcy, którego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą, jeżeli braki w ofercie w zakresie oświadczeń i dokumentów zostałyby uzupełnione lub omyłki w treści zostałyby poprawione. Komentowany przepis przewiduje więc odstąpienie od zatrzymania wadium w sytuacjach, kiedy nie doszło do podpisania umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, którego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, jak zaznaczał odwołujący.

Wyjątkiem od zasady zatrzymania wadium jest sytuacja, kiedy nieuzupełnienie wskazanych oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw lub brak zgody na poprawienie omyłki w ofercie wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, a wiec od niego niezależnych, zewnętrznych." P. Banasik, Zatrzymanie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, komentarz praktyczny ABC nr 105235 wyd. LEX: Stosownie do brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że ustawodawca wprowadził pojęcie „winy" do analizy tej instytucji, bowiem obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania przez wykonawcę, który na wezwanie do złożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust 3 p.z.p. ich nie składa."

Podsumowując powyższe, zamieszczenie w treści Gwarancji wadialnej pkt. 6 *in fine* sformułowania: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" w żaden sposób nie niweczy skuteczności gwarancji, i jest zgodne z treścią art. 46 ust. 4 a Pzp, co przez przytoczone orzecznictwo i komentarze uznał odwołujący za wykazane powyżej, i co potwierdzają poglądy doktryny, wykonawca może się uwolnić od zatrzymania wadium w każdym przypadku określonym w art. 46 ust. 4a Pzp, pod warunkiem że wykaże, że nie ponosi winy za wystąpienie określonych okoliczności. Odmienna interpretacja byłaby niezgodna z

intencją ustawodawcy oraz celem wprowadzenia ww. nowelizacji, który miał służyć odformalizowaniu powyższego przepisu.

Odwołujący wskazał również, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła konieczność poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Co za tym idzie, nawet jeżeli hipotetycznie założyć (z czym wykonawca się nie zgadza), że zgodnie z treścią Gwarancji wadialnej przesłanka dotycząca braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki została opisana błędnie poprzez dodanie sformułowania „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie", to taka rzekoma wada dokumentu nie miała i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, albowiem okoliczności te ani nie wystąpiły ani też nie mogą już wystąpić w przyszłości. Wykonawca zwracał uwagę, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wadium należy uznać za niewniesione wtedy, gdy nie pozwala ono na zaspokojenie się zamawiającego w sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, co w rozważonym przypadku nie miało w toku postępowania i nie będzie miało w przyszłości miejsca (z uwagi na brak wezwania do poprawienia omyłek), a tym samym jest sytuacją czysto hipotetyczną.

W ocenie odwołującego, z uwagi na przedstawioną powyżej interpretację oraz wykładnię przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania. Wykonawca skutecznie wniósł wadium, a załączona do oferty Gwarancja wadialna jest ważna i stanowi skuteczne zabezpieczenie interesów zamawiającego, a co istotne z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji wadialnej płatnej na „pierwsze żądanie" pozwala na zaspokojenie się zamawiającego w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wskazanych w treści dokumentu gwarancji wadialnej. Dodatkowo, jako załącznik do niniejszego odwołania załączył opinię banku - wystawcy gwarancji, która potwierdza skuteczność Gwarancji wadialnej. Dowód: opinia banku - wystawcy Gwarancji wadialnej - Załącznik nr 9

Zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz art. 24 ust 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, odwołujący uzasadniał następująco.

Biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej argumentację, stwierdził iż zabezpieczył ofertę ważną i skuteczną Gwarancją bankową, a tym samym skutecznie wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert. Zważywszy, że oferta odwołującego jest jedyną ważną ofertą w częściach nr 2 i nr 8 postępowania (w tych częściach jedynie odwołujący złożył ofertę) oraz w części nr 4 (w tej części, spośród 2 złożonych ofert jedynie oferta odwołującego jest ważna, ponieważ oferta konkurencyjnego wykonawcy - spółki Procurator BHP sp. z o.o. została w sposób uzasadniony odrzucona jako niezgodna z SIWZ), odwołujący uznał, że zamawiający winien na podstawie art. 90 ust. 1 pkt. 1 Pzp dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 2, nr 4 i nr 8. Zamawiający błędnie uznając, że w powyższych

częściach nie złożono żadnej ważnej oferty, pomimo że oferta odwołującego, nie powinna podlegać odrzuceniu, niewłaściwie zastosował art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp i bezzasadnie unieważnił postępowanie w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 w związku z uznaniem, iż w powyższych częściach nie została złożona żadna oferta niepodlegającej odrzuceniu, co stanowi naruszenie ww. przepisów ustawy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, w odpowiedzi do protokołu rozprawy - podtrzymał argumentację podaną w pismach powiadamiających o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, korespondencji między odwołującym a zamawiającym. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia stanowi „Zakup środków ochrony indywidualnej higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ- SYSTEM S.A. - 9 części”
SIWZ rozdział XI. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM
1. Oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości:
1.2. Dla Części nr 2: 7 400,00 złotych (słownie: siedem tysięcy czterysta złotych 00/100).
1.4. Dla Części nr 4: 8 700,00 złotych (słownie: osiem tysięcy siedemset złotych 00/100).
1.8. Dla Części nr 8: 4 800,00 złotych (słownie: cztery tysiące osiemset złotych 00/100).
2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (data i godzina) określonym w Rozdziale XVI SIWZ.
3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach, według wyboru Wykonawcy:

a) w pieniądzu, wpłaconym przelewem na rachunek Zamawiającego; nr konta: 94 1140 1977 0000 5803 0100 1031;

b) w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

c) w gwarancjach bankowych;

d) w gwarancjach ubezpieczeniowych;

e) w 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 (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 42, póz. 275 ze zm.).

4. Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną Część, zaleca się, aby

dokument potwierdzający wniesienie wadium wskazywał nr Części, której dotyczy.

W przypadku braku wskazania numeru Części, której wadium dotyczy (przy jednoczesnym wniesieniu niższej od wymaganej łącznej wysokości wadium) oraz niemożności jednoznacznego przypisania wysokości wadium do poszczególnych Części, Wykonawca zostanie wykluczony z Postępowania we wszystkich Częściach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) Ustawy.

5. Wadium wniesione w pieniądzu powinno być oznaczone w następujący sposób: „Wadium w postępowaniu na Zakup środków ochrony indywidualnej, higieny

osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (zamówienie podzielone na 9 części) - Część nr- znak postępowania: ZP/2015/01/0003/PH".

6. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym,

7. Jako termin wniesienia wadium w formie pieniądza zostanie przyjęty termin uznania na rachunku Zamawiającego.

8. Wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy.

9. Kopie dowodu wniesienia wadium w pieniądzu należy dołączyć do oferty,

10. Oryginał lub potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę kopię dowodu wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz należy dołączyć do oferty.

11. Zamawiający wymaga, aby w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa obejmowała swoją treścią zobowiązanie wszystkich Wykonawców wspólnie występujących w Postępowaniu (zobowiązanych z tytułu gwarancji).

12. W przypadku, gdyby w treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zastrzeżono, iż gwarancja wygasa przed upływem wskazanego w niej okresu obowiązywania wraz z chwilą jej zwrotu gwarantowi. Zamawiający wymaga przedłożenia oryginału ww. gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

13. Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie.

15. Wadium musi obejmować cały okres związania ofertą. 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. 20 lit. d) poniżej.

16. Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza Zamawiający zwróci wadium niezwłocznie po zawarciu Umowy w sprawie Zamówienia oraz

wniesieniu zabezpieczenia na należytego wykonania umowy.

17. Zamawiający zwróci niezwłocznie wadium na wniosek Wykonawcy, który wycofa ofertę przed upływem terminu składania ofert.

18. Zamawiający zażąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 15 powyżej, jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Wykonawca wniesie wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

19. Jeżeli wadium zostanie wniesione w pieniądzu, Zamawiający zwróci 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 no rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę.

20. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli:

a) Wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania Umowy w sprawie Zamówienia na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) z Wykonawcą, którego oferta została wybrana, zawarcie Umowy w sprawie Zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

d) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w ort. 26 ust. 3 Ustawy Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

21. W razie wniesienia odwołania, Zamawiający nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wezwie Wykonawców, pod rygorem wykluczenia z Postępowania, do przedłużenia ważności wadium, albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do

zabezpieczenia Postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie będzie wniesione po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający skieruje wezwanie jedynie do Wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.
Termin składania ofert wyznaczony do 18 marca 2015 r. został przedłużony do 24 marca 2015r.
W części nr 2 i nr 8 postępowania jedynie odwołujący złożył ofertę. W części nr 4 postępowania zostały złożone 2 oferty: oferta odwołującego, którą zamawiający odrzucił na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, oraz oferta wykonawcy Procurator

19

BHP sp. z o.o., którą zamawiający odrzucił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako niezgodną z wymaganiami SIWZ.
W związku, z powyższym zamawiający uznał, że w części nr 2, nr 4 i nr 8 nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu i dlatego unieważnił postępowanie w części nr 2, nr 4 i nr 8 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.
Odwołujący przedstawił gwarancję wadialną nr 3/GW/2015/01 z dnia 17 marca 2015 roku, wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Przysusze.
W pkt. 6 *in fine* Gwarancji wadialnej umieszczono przesłankę zatrzymania wadium w brzmieniu: *„Ponadto Wykonawca traci wadium, jeżeli w odpowiedzi ma wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Ustawa"), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy; pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 2 pkt. 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, 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, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".*
W treści przedmiotowej gwarancji bankowej wskazano, iż „jest ona ważna w okresie od dnia 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy, wymienione w ust 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta".
Odwołujący złożył gwarancję wadialną nr 4/GW/2015/01 z dnia 21 maja 2015 roku, wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Przysusze na przedłużony okres związania ofertą, w której zostało wyeliminowane określenie: „chyba że *udowodni,* że *wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".*
Pismami z dnia 7 maja 2015 r. zamawiający powiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania na część 2,4 i 8 zamówienia.
W uzasadnieniu podano:
„Do oferty złożonej przez Wykonawcę, tj. PW Krystian Sp. z o.o. został dołączony oryginał gwarancji nr 3/GW/2015/1 dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zakup środków *ochrony indywidualnej, higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (zamówienie podzielone na 9 części) - część nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, ,8 ,9, w postępowaniu nr ZP/2015/01/0003/PH wystawionej w dniu 17 marca 2015 r. przez Bank. Spółdzielczy w Przysusze.*

20

Z treści ww. dokumentu wynika m.in., iż Bank Spółdzielczy w Przysusze udziela bezwarunkowo i nieodwołalnie gwarancji zapłaty kwoty w wysokości do 65.400,00 złotych Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ -SYSTEM S.A. (zwanego „Beneficjentem"), tytułem zabezpieczenia zobowiązań Wykonawcy, tj. PW Krystian Sp, z o.o. (zwanego „Zleceniodawcą"), wynikających ze złożenia oferty w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Ponadto w treści przedmiotowej gwarancji bankowej wskazano, iż „jest ona ważna w okresie od dnia 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy, wymienione w ust 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta". Jednocześnie w treści ww. dokumentu podano, iż „Bank zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie *Beneficjenta*

zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wywiązał się z obowiązków powodujących utratę wadium, o których mowa w ust. 6 gwarancji, ze wskazaniem niewykonanego obowiązku)"]...].
Z informacji zawartych w ust. 6 gwarancji wynika, iż „Zleceniodawca (Wykonawca, którego oferta została wybrana traci wadium, jeżeli:
a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub;
b) nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub,
c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
Ponadto Wykonawca traci wadium jeżeli, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Ustawa"), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę, jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (podkreślenie -Zamawiający)".
W tym miejscu Zamawiający podkreśla, iż wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy (Rozdział XI ust. 8 SIWZ).
Zgodnie natomiast z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Po dokonaniu analizy treści wniesionej przez Wykonawcę, tj. PW Krystian Sp. z o.o. gwarancji nr 3/GW/2015/1 w postępowaniu (…), Zamawiający stwierdził, iż przedłożona wraz z ofertą ww. Wykonawcy gwarancja bankowa jest niezgodna z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy.
W ww. gwarancji zostało wskazane, że Beneficjent (Zamawiający) będzie mógł żądać nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłaty w sytuacji, gdy Wykonawca, „w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Ustawa"), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę, jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".
W tym miejscu Zamawiający podnosi, że w treści ww. zapisu gwarancji bankowej, wymieniającego przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy, na końcu dodano zwrot: (...) „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".
Zamawiający pragnie zauważyć, iż treść ww. postanowienia gwarancji bankowej nie znajduje potwierdzenia w dyspozycji art. 46 ust 4a ustawy.
Zamawiający nadmienia jednocześnie, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 lutego 2015 r., tj. po nowelizacji ustawy, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r. na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy- Prawo zamówień publicznych (poz. 1232).
W związku z powyższym Zamawiający pragnie nadmienić, iż zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie" w ww. kształcie co prawda obowiązywał w treści art. 46 ust. 4a ustawy, jednakże wyłącznie do wejścia w życie ww. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 19 października 2014 r. Zgodnie z nowym brzmieniem

art. 46 ust. 4a ustawy, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził

22

---

zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Zamawiający pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż konstrukcja znowelizowanego art. 46 ust 4a ustawy uległa zasadniczej modyfikacji, w wyniku której zwrot „Z przyczyn leżących po jego stronie", odnosi się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy - na co jednoznacznie wskazuje umiejscowienie tegoż zwrotu, a wiec bezpośrednio po wymienieniu instytucji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy - czyli dotyczy braku uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.
Oznacza to, że ustawodawca wprowadził pojęcie „winy" do analizy instytucji wadium, bowiem obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania przez wykonawcę, który na wezwanie Zamawiającego, działającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, ich nie składa.
Celem wspomnianej nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r., a tym samym intencją ustawodawcy było założenie, że zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie" ma odnosić się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy.
W konsekwencji powyższego zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie" nie znajduje zastosowania do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W przeciwnym wypadku, gdyby intencją ustawodawcy było, aby omawiany zwrot odnosił się także do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie" powinien pozostać na końcu art. 46 ust. 4a ustawy, analogicznie jak w konstrukcji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy obowiązującej do dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r. zawierającej zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".
Natomiast konstrukcja postanowienia zawartego w ust. 6 omawianej gwarancji bankowej nr 3/GW/2015/1, wymieniającego przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy, z dodatkowym zwrotem „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie", stanowi, iż Wykonawca byłby uprawniony do kwestionowania zasadności zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy nie wyrazi zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, z uwagi na fakt, że nie wyraził tejże zgody z przyczyn nieleżących po jego stronie.
Tym samym przedmiotowy zapis jest niezgodny z dyspozycją nowego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy, gdyż powyższa sytuacja nie została w nim przewidziana.

23

W tym miejscu należy podkreślić, iż wadium powinno spełniać swoją zasadniczą funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich enumeratywnie wskazanych sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy. Celem regulacji ustawowej instytucji wadium jest zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień Zamawiającego, poprzez groźbę przepadku wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisie sytuacji.
Jak się powszechnie przyjmuje gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i niezależnym od stosunku podstawowego. Treść zobowiązania do zapłaty wadium (określenie okoliczności, w których to nastąpi) musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu gwarancji wadialnej. Jakiekolwiek odstępstwa od okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy są niedopuszczalne.
Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zapis wymieniający przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, zawarty w treści ust. 6 gwarancji nr 3/GW/2015/1 jest

niezgodny z aktualnym brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy oraz z intencją ustawodawcy.
W konsekwencji przedmiotowa gwarancja wadialna nie zabezpiecza skutecznie uprawnień Zamawiającego we wszystkich przypadkach powodujących utratę wadium przez Wykonawcę, zgodnie z dyspozycją omawianego przepisu.
Wobec tego, uznać należy, iż Wykonawca, tj. PW Krystian Sp. z o.o. nie wniosła skutecznie wadium przed upływem terminu składania ofert. Gwarancji nr 3/GW/2015/1 złożona przez Wykonawcę, tj. PW Krystian Sp. z o o nie obejmuje bowiem swoją treścią wszystkich przypadków zatrzymania wadium wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy.
Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.
W związku z tym, Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Wykonawcy, tj. PW Krystian Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy.
Jednocześnie Zamawiający zawiadamia, iż odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę, tj. PW Krystian Sp. z o.o. na podstawie z art. 24 ust. 4 ustawy.
Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
II. Działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2) ustawy, Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy.
Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej *oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął* żaden *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.*
Zamawiający informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu dla Części nr 2 i dla Części nr 8

została złożona jedna oferta przez Wykonawcę, tj. PW Krystian Sp. z o.o. z siedzibą w Przysusze (26 - 400), przy ul. Staszica 9A. Wskazany powyżej Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy, -a jego oferta odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy."
W przedmiotowym postępowaniu dla części 4 wpłynęły 2 oferty:
1) PW Krystian Sp. z o.o.,
2) Procurator BHP Sp. z o.o., którego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Dla części 2 i 8 wpłynęły jedynie oferty odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, złożył ofertę na omawiane części zamówienia, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze całokształt uregulowań prawnych ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego odnoszących się do wadium.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium, wskazują jedynie formy jego wnoszenia. Przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. W zamówieniach sektorowych zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium (art. 138c ust. 1 pkt 3 Pzp). O obowiązku wniesienia wadium zamawiający informuje w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje obligatoryjne wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, lub na przedłużony okres związania ofertą.

W ocenie Izby odwołujący zbyt jednostronnie postrzega cele zabezpieczania oferty wadium, jako wyłącznie narzędzia do przeciwdziałania nieuczciwym zachowaniom wykonawców, w tym zmowom przetargowym, podczas gdy zasadniczym celem wadium jest gwarancja dotrzymania przez wykonawcę obowiązku zawarcia umowy na warunkach oferty -

jeżeli zostanie ona wybrana. O powyższym świadczy pierwotny tekst art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, że zamawiający zatrzymuje wadium (…) jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana:

1) odmówił podpisania umowy (…) na warunkach określonych w ofercie;
2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przytaczana regulacja nawiązuje do treści art. 70_4 K.c. § 2, że jeżeli uczestnik (…) przetargu, mimo wyboru jego oferty uchyla się od zawarcia umowy (…) organizator przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia.

Ustawodawca stopniowo wprowadzał w ustawie Prawo zamówień publicznych liczne instrumenty pozwalające na wyeliminowanie braków w ofertach, które nie zawsze były i są wykorzystywane przez wykonawców uczestniczących w przetargach zgodnie z ich przeznaczeniem. Z tych względów już w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wprowadzono podstawę do zatrzymania wadium w razie braku uzupełnienia dokumentów, przewidzianą w art. 46 ust. 4a Pzp, tj. sankcję zatrzymania wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, służące - przeciwdziałaniu zmowom przetargowym oraz niezgodnemu z prawem wpływaniu przez wykonawców na przebieg postępowania o zamówienie publiczne, i jego wynik.

Nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2014 r., poz. 1232), która weszła w życie 19 października 2014 r. zostały wprowadzone dalsze ograniczenia wykorzystywania instrumentów ustawowych umożliwiających poprawę ofert - niezgodnie z ich przeznaczeniem.

Omawiany przepis art. 46 ust. 4a ustawy - obecnie obowiązujący stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Nie można tracić z pola widzenia zasadniczej funkcji wadium jaką jest zagwarantowanie podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą, pod rygorem zatrzymania wadium, jeżeli oferent do tego obowiązku by się nie dostosował.

Zamawiający prowadzi długotrwałe i kosztowne procedury przetargowe. Ma

wyznaczone terminy realizacji nałożonych celów służących zaspokojeniu potrzeb szerszych zbiorowości. Liczy na poważne i przemyślane oferty. Wykonawca nie może więc wycofać się z zawarcia umowy pod byle pretekstem, jeżeli stwierdzi że nie jest danym zamówieniem dalej zainteresowany, bo np. osiągnie za mały zysk, lub też pozyskał lepsze kontrakty.

Izba uznała za poprawną analizę przeprowadzoną przez zamawiającego, że zwrot „Z przyczyn leżących po jego stronie", odnosi się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy - na co jednoznacznie wskazuje jego umiejscowienie, a wiec bezpośrednio po wymienieniu instytucji wezwania, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy - czyli dotyczy wyłącznie braku uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Z przytaczanej przez zamawiającego uchwały Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r. o sygn. akt III CZP 96/06 wynika, że „wykładnia celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i prowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądanej, ale nie wyrażonej w przepisie normy prawnej."

Powyższe nie zaprzecza twierdzeniom odwołującego, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania przez wykonawcę, który na wezwanie zamawiającego, działającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej - ich nie składa.

Nie zawsze wykonawca jest w stanie uzupełnić tego rodzaju braki, zwłaszcza dotrzymując wymogu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aby uzupełniany dokument potwierdzał spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (…) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nie w każdej sytuacji możliwe jest bowiem dokonanie takich uzupełnień, i nie zależy to tylko od woli, czy starań samego wezwanego wykonawcy, ale także od podmiotów trzecich: urzędów, sądów np. w zakresie zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami, składkami ZUS, zaświadczeniami o niekaralności, poświadczeniami należytego wykonania umowy itp.

Celem wspomnianej nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r., a tym samym intencją ustawodawcy było założenie, że zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie" ma odnosić się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, co wynika z brzmienia cytowanego przepisu.

Odmienna sytuacja ma miejsce przy wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, o której

mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie powiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jakkolwiek mogą być podejmowane próby wykorzystywania i tego przepisu do wycofywania się z przetargu dla uzgodnionego z innymi uczestnikami postępowania - ustępowania pola droższym ofertom, to nie można pomijać istniejących odrębności.

Wspólną płaszczyzną sytuacji opisanych w art. 46 ust. 4a Pzp - pozwalającą na zatrzymanie wadium jest, aby opisane działania powodowały brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Po pierwsze, wykonawca powiadomiony o dokonaniu poprawy omyłki w jego ofercie może się z tą decyzją nie zgodzić i wnieść odwołanie, wykazując, że oferta była prawidłowa i nie wymagała żadnej poprawy. Okoliczność taką w swojej argumentacji odwołujący zupełnie pominął.

Po drugie, jeżeli wykonawca nie korzysta ze środków ochrony prawnej, przyznaje tym samym zasadność poprawy.

Po trzecie, dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp objęte są wyłącznie nieistotne zmiany w treści oferty, gdyż w odmiennym przypadku, oferta od razu podlegałby odrzuceniu.

Po czwarte, chodzi o ofertę wykonawcy, zatem nawet na nieistotne zmiany musi wyrazić swą zgodę składając stosowne oświadczenie.

Po piąte, oczekiwana jest wyłącznie decyzja wykonawcy w formie jego własnego oświadczenia, a nie uzupełnianie jakichkolwiek dokumentów, czy oświadczeń pierwotnie wymaganych w SIWZ. Skoro brak zgody jest suwerenną decyzją wykonawcy, nie można jej rozpatrywać w kategorii winy, bądź braku winy - przy jej podjęciu. Wyłącznie uchybienie terminowi 3 dni wyznaczonemu w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, mogłoby być przedmiotem oceny i ewentualnego usprawiedliwiania jego niedotrzymania, np. z uwagi na obiektywnie zaistniałe przeszkody w komunikacji z zamawiającym.

Chociaż do merytorycznej oceny i badania ofert w wyznaczonych kryteriach dochodzi dopiero po zweryfikowaniu braku podstaw do wykluczenia, to odwołujący uznawał, że możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do jego oferty jest czysto teoretyczna, albowiem jako jedyny złożył ofertę na część 2 i 8 zamówienia, a w

części 4 jego konkurent został wyeliminowany z przetargu. W ogólności dyspozycja przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma charakter hipotetyczny, bo przesłanki zatrzymania wadium mogą nie zaistnieć, co nie zwalnia wykonawcy od złożenia gwarancji wadialnej obejmującej wszystkie przypadki zatrzymania wadium, i to bez dodatkowych nieprzewidzianych w tej normie ograniczeń.

Brak wyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co powodowałoby brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej i dodatkowe obwarowanie: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie", stanowi, iż wykonawca byłby uprawniony do kwestionowania zasadności zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy nie wyrazi zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, z uwagi na fakt, że nie wyraził tejże zgody z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W ocenie Izby, brak wyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie niezakwestionowanej innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowałoby brak możliwości wybrania tej oferty jako najkorzystniejszej - prowadzi wprost i powoduje zarazem skutek równoważny do odmowy zawarcia umowy, o czym stanowi art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Cytowany przepis nie odnosi się do tego, czy przyczyny odmowy leżały po stronie wykonawcy.

Zdarza się, że podejmowane są przez wykonawców - przy składaniu gwarancji wadialnych - próby wprowadzenia zapisów asekurujących ich przed wykorzystaniem tych gwarancji przez zamawiających. Nie jest obligatoryjnie wymagane dosłowne przytoczenie treści przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ale musi być zachowany dokładny sens tej normy, a zwłaszcza nie jest dopuszczalne wprowadzanie dodatkowych pozaustawowych ograniczeń dla zamawiającego.

Wybór oferty następuje zazwyczaj w końcowym okresie ważności wadium, lub po dodatkowym przedłużeniu jego ważności. Zamawiający musi mieć możliwość uruchomienia gwarancji wypłaty wadium w każdym przypadku oznaczonym w ustawie Pzp, na równi z uprawnieniem zatrzymania kwoty wadium wniesionego w formie pieniężnej, gdyż inaczej mógłby zostać pozbawiony możliwości zaspokojenia z przedłożonej gwarancji bankowej odwołującego, jeżeli ten powołując się na zamieszczoną dodatkową klauzulę - kwestionowałby zasadność żądania wypłaty kwoty wadium z omawianej przyczyny, podejmując działania dla udowodnienia takiej okoliczności.

Izba w pełni podziela poglądy zamawiającego, że wadium powinno spełniać swoją

zasadniczą funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich enumeratywnie wskazanych sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy, dla zapewnienia i zabezpieczenia uprawnień zamawiającego, pod groźbą zatrzymania wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisie sytuacji.

Gwarancja bankowa jest bezsprzecznie zobowiązaniem abstrakcyjnym i niezależnym od stosunku podstawowego. Treść zobowiązania do zapłaty wadium (określenie okoliczności, i warunków w których to nastąpi) musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu gwarancji wadialnej. Jakiekolwiek odstępstwa od przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp są niedopuszczalne. Bank wyraźnie zastrzegł, że udzielona gwarancja jest ważna w okresie od 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy wymienione w ust. 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta. Nie jest przypadkowe zastrzeżenie, że dotyczy to wyłącznie prawidłowo zgłoszonego do zapłaty zobowiązania wykonawcy. Przesłanki ustawowe zatrzymania wadium w przedłożonej gwarancji bankowej zostały wymienione, ale jedna z nich bezpodstawnie została ograniczona. Gwarancja wadialna jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym, które ma być realizowane zgodnie z jego dosłowną treścią. Zabezpieczenie rezultatu, czyli otrzymania kwoty wadium, stanowi kluczowy sens gwarancji i następuje poprzez wskazanie dokładnych okoliczności umieszczonych w samej treści gwarancji wadialnej uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a w tym przypadku do wystąpienia do gwaranta o zapłatę sumy wadialnej.

Z przedłożonej opinii z dnia 11 maja 2015 r. Banku Spółdzielczego w Przysusze -

wystawcy Gwarancji wadialnej, wynika że uznaje on tę Gwarancję za prawidłową ze względu na sam fakt, że jest realizowana „na pierwsze żądanie" sumy gwarancyjnej. Nie mniej w stosunku do gwarancji złożonej w ofercie z dnia 17 marca 2015 r. bank wystawcy - Bank Spółdzielczy w Przysusze w gwarancji z dnia 21 maja 2015 r. nr 4/GW/2015/1, złożonej przez odwołującego, jako przedłużenie wadium wyeliminował pozaustawowy zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie."

Przywoływane przez odwołującego orzecznictwo nie odnosi się do stanu faktycznego niniejszej sprawy, gdyż omawiana przesłanka zatrzymania wadium - w postaci braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - została wprowadzona nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie19 października 2014r. Niniejsze postępowanie przetargowe zostało wszczęte w lutym 2015 r.

Izba podzieliła stanowisko, że interesy zamawiającego polegające na możliwości skorzystania z wadium w przypadku oferty odwołującego - faktycznie nie są prawidłowo

zabezpieczone.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W związku z tym, zasadnie uznając złożoną Gwarancję za wadliwą i niezabezpieczającą jego interesów - zamawiający był zobowiązany potraktować ją jako niewniesioną i wykluczyć odwołującego z postępowania, z jednoczesnym uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Skoro brak było ofert niepodlegających odrzuceniu, obowiązkiem zamawiającego było unieważnienie przedmiotowego postępowania w części 2,4 i 8 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Postępowanie dowodowe nie wykazało zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, poprzez jego nieprawidłową wykładnię i uznanie, iż Gwarancja bankowa przedłożona przez odwołującego nie spełnia wymagań określonych w dyspozycji ww. przepisu;

2. art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a w konsekwencji uznaniu, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu;

3. art. 90 ust. 1 pkt. 1 Pzp (dot. art. 91 ust. 1 Pzp) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w część nr 2, nr 4 i nr 8 postępowania;

4. art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania w zakresie części nr 2, nr 4 i nr 8 w związku z uznaniem, iż w powyższych częściach nie została złożona żadna oferta niepodlegającej odrzuceniu;

5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust.

1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 b) i 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……...