

WYROK

Warszawa, dnia 24 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez wykonawcę TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy, ul. W.K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Industria Projekt sp. z o.o., ul. Azymutalna 9; 80-298 Gdańsk,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Industria Projekt sp. z o.o., ul. Azymutalna 9; 80-298 Gdańsk na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy, ul. W.K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy, ul. W.K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy, ul. W.K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa na rzecz wykonawcy TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę TPF sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie*”.

8 lipca 2024 roku, wykonawca TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Industria z uwagi na brak wniesienia wadium i/lub wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy (niezgodny z postanowieniami SWZ), podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było zweryfikowanie przedłożonego dokumentu gwarancji bankowej (wadium) i porównanie z wymogami określonymi SWZ,
co w konsekwencji winno prowadzić do wniosku, że złożone przez Industria wadium nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego i/lub Industria nie wniosła ważnego wadium, a przez to oferta Industria winna podlegać odrzuceniu,
2. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w związku z art. 16 ust. 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Industria z uwagi na niezgodność warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było porównanie

warunków oferty w zakresie wadium z warunkami zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty Industria jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Industria;
- 4) ponowną ocenę ofert.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na skutek czego odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

W zakresie przekazania oryginału gwarancji zamawiający zgodnie z rozdziałem XVI pkt. 6 wymagał złożenia dokumentu wadium gwarancji w formie gwarancji spełniającego następujące wymogi: *„Uwaga! Oryginał w postaci elektronicznej dokumentu wadium w formie gwarancji lub poręczenia winien zawierać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty wymaganej kwoty wadium, na pisemne żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty kwoty wadium, powstałe na skutek okoliczności określonych w Pzp. W dokumencie tym, gwarant/ poręczyciel nie może uzależnić dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków (np. żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, żądanie potwierdzenia przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do występowania w imieniu Zamawiającego, żądanie złożenia wezwania do zapłaty np. tylko w formie listu poleconego czy kurierem, żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów (oprócz dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do występowania w imieniu Zamawiającego z żądaniem zapłaty)”*.

W przedmiotowych postanowieniach kluczowym jest, że zamawiający wymagał braku obwarowań w zakresie żądania wezwania o wypłatę przedmiotowej gwarancji o dodatkowe obwarowania narzucane przez podmiot wystawiający gwarancję. Złożona przez Industriad wraz z ofertą ostateczną w dniu 07.06.2024 gwarancja wadium właśnie takie obwarowania nieuznawane przez zamawiającego zawiera.

Zgodnie z treścią gwarancji wystawionej przez mBank nr (...) gwarancji, Bank postawił następujące wymagania w zakresie żądania zapłaty:

„Żądania zapłaty w ramach Gwarancji mogą być skutecznie składane począwszy od 07.06.2024 r. Dokument zawierający Państwa żądanie zapłaty powinien zostać zaprezentowany w Banku przed upływem Terminu Ważności, w jeden ze wskazanych poniżej sposobów:

- w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym na adres e-mail g. wraz z potwierdzeniem w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym od banku prowadzącego Państwa rachunek, stwierdzającym,

że podpisy na Państwa żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu, lub

- za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, który potwierdzi,

że widniejące na żądaniu podpisy należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań

w Państwa imieniu. Jeżeli w celu przekazania Państwa żądania bank ten skorzysta z systemu SWIFT, to wówczas będzie zobowiązany przytoczyć pełny tekst żądania wraz z Państwa oświadczeniem i potwierdzić, że oryginalny dokument został przesłany na wyżej wskazany adres siedziby Banku, lub

- w formie pisemnej na wyżej wskazany adres siedziby Banku wraz z potwierdzeniem od banku prowadzącego Państwa rachunek lub od notariusza, stwierdzającym, że podpisy na Państwa żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu”.

Powyższe jednoznacznie oznacza, że dokument gwarancji bankowej jako wadium nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ pkt. XVI, ppkt 6 – gdyż zawiera szereg dodatkowych warunków.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający wyraźnie wskazał - *gwarant/ poręczyciel nie może uzależnić dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków, dalej wskazując przykładowe wyliczenie takich dodatkowych warunków*. Jest to zatem tylko przykładowa lista warunków dodatkowych. Istotą przedmiotowego wymagania SWZ jest bezwzględny zakaz jakichkolwiek dodatkowych warunków. Przedmiotowe wadium wskazuje na 3 możliwe sposoby zgłoszenia żądania zapłaty – wszystkie 3 sposoby są sprzeczne z SWZ.

W zakresie pierwszej formy wezwania, tj. zgłoszenia żądania zapłaty w formie elektronicznej przez samego zamawiającego na adres mailowy mBanku - w wadium wymagane jest potwierdzenie od banku umocowania osób

składających żądanie zapłaty.

Z całą pewnością stanowi to warunek dodatkowy, ograniczający zamawiającego w realizacji swoich uprawnień.

W zakresie drugiej ze wskazanych form wezwania, tj. przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, Zamawiający w ogóle takiej możliwości nie dopuścił – jako jeden z przykładowych zakazanych warunków wskazano: *żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego.*

W zakresie trzeciej formy, w więc formy pisemnej z potwierdzenia autentyczności podpisów przez bank lub notariusza - zamawiający wyraźnie nie dopuścił wymogu potwierdzenia podpisu przez notariusza jako możliwej: *żądanie potwierdzenia przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do występowania w imieniu Zamawiającego,* zaś co do potwierdzenia podpisu przez bank – jest to warunek dodatkowy, zatem niedozwolony.

Sprawdzenie, czy wystawiona przez bank gwarancja wadialna spełnia wymagania SWZ jest powinnością wykonawcy chcącego brać udział w postępowaniu przetargowym. Wymaga ona dochowania należytej staranności. Zamawiający ustanawia w SWZ warunki dla poszczególnych dokumentów po to, aby były one przez wykonawców odpowiednio przestrzegane. Weryfikacja gwarancji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu bankowości czy wiedzy technicznej a jedynie weryfikacji, czy dokument taki spełnia warunki postawione przez zamawiającego. W tym zakresie Industria nie dochowała należytej staranności. Wskazać należy, że już w zleceniu wystawienia takiej gwarancji Industria powinna wprost wskazać na warunki określone w SWZ.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się działania ze starannością wymaganą od profesjonalisty, co oznacza m.in., że w przypadku składania wraz z ofertą dokumentu sporządzonego przez podmiot trzeci, w tym przypadku przez wystawcę gwarancji, wykonawca winien zadbać o to, aby dokument ten odpowiadał wymogom postawionym przez zamawiającego”* (wyrok KIO z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt KIO 736/23).

Zwrócić należy uwagę, że Industria nie użyła środków ochrony prawnej w celu oprostowania wymagań stawianych przez zamawiającego w toku postępowania, co z jednej strony czyni przedmiotowe wytyczne obowiązującymi dla wszystkich wykonawców, z drugiej zaś strony – wskazuje, że Industria nie uznawała przedmiotowych postanowień SWZ za nadmiarowe czy też niekonkurencyjne. Nie przedstawiła argumentacji, że zamawiający przedmiotowymi zapisami ograniczył swobodę dostępu do dowolnie wybranego produktu rynkowego. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 364/17 z dnia 7 marca 2017r *„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zakaz wprowadzania wymogów dotyczących sposobu przedstawienia żądania zapłaty wadium nie wynika z przepisów ustawy, jednak nie ma przeszkód w tym, aby zamawiający stawiał dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium i oczywiście nie naruszają generalnej zasady jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Jednak w przypadku, gdy zamawiający ogranicza wykonawcom swobodę dostępu do dowolnie wybranego produktu rynkowego gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oczekując, że wykonawca wybierze podmiot, który nie będzie w sposób szczególny weryfikował tożsamości osób kierujących do niego wezwania do wypłaty wadium, to swoje oczekiwania w tym zakresie powinien w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedstawić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak, aby nie powstały wątpliwości, w jaki sposób będzie traktował konkretne postanowienia umowne”.*

W przedmiotowym przypadku, wszystkie wytyczne i wymogi stawiane przez zamawiającego były najbardziej przejrzyste i jednoznaczne. Nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę na etapie przygotowania ofert. A tym samym stały się wiążące dla wykonawców. Tożsame stanowisko w zakresie zgodności gwarancji wadialnej z wymaganiami dokumentacji przetargowej prezentuje Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, który w opinii na wątpliwości Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie zapisów gwarancji wadialnych w korespondencji z dnia 23 października 2023r stwierdził *„Natomiast ocena, czy złożony przez oferenta/wykonawcę w postępowaniu przetargowym dokument gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi prawa zamówień publicznych, każdorazowo powinna zostać poddana ocenie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia kryteriów określonych przez zamawiającego”.*

W świetle powyższego należy uznać, że przedmiotowa gwarancja wadialna nie spełnia wymagań SWZ, jest z nimi wprost sprzeczna - a tym samym Industria nie złożyła ważnego wadium lub też złożyła wadium w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Industria z uwagi na brak wniesienia wadium lub wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy (niezgodny z postanowieniami SWZ). Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W rozdz. XVI SWZ poświęconym obowiązkowi wniesienia wadium w pkt 6 „Uwaga” Zamawiający zawarł postanowienie, że w dokumencie gwarancyjnym gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków - wymieniając w nawiasie takie przykładowe warunki. Istotą tego postanowienia jest wyraz

„warunek” lub „warunki”. W przypadku gwarancji wadialnej złożonej przez przystępującego nie mamy do czynienia z warunkowością wypłaty,

a wyłącznie ze wskazaniem sposobów przekazania Gwarantowi żądania zapłaty. Postanowienie to ma charakter wyłącznie instrukcyjny i nie uzależnia bądź nie warunkuje dokonania wypłaty w przypadku ziszczenia się przesłanek ustawowych. Postanowienie zawarte w treści gwarancji, by żądanie wypłaty było potwierdzone przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana wypłata gwarancji oraz aby bank ten potwierdził podpisy osób działających w imieniu żądającego, wynika z przepisu art. 65 ustawy z dnia 28 października 2022 r. — Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2324), który nakłada na bank obowiązek sprawdzenia autentyczności i prawidłowości formalnej dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamości osoby dającej zlecenie. Wprowadzony do treści gwarancji sposób pośredniczenia banku prowadzącego rachunek, na który ma zostać dokonana zapłata gwarancji, ma zatem charakter tzw. warunku prawnego (*conditio iuris*), który należy odróżnić od warunku określonego w art. 89 k.c. O ile bowiem pod pojęciem warunku wskazanego w art. 89 k.c. rozumie się zastrzeżenie zawarte w treści czynności prawnej, mocą którego powstanie lub ustanie skutków tej czynności uzależnione zostaje od określonego zdarzenia przyszłego i niepewnego, o tyle tzw. warunek prawny stanowi przesłankę polegającą np. na określonych wymaganiach co do formy czynności prawnej, w tym przypadku żądania zapłaty.

Powyższe potwierdza się w orzecznictwie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 25 kwietnia 2013 r., o sygn. SA/Wa 327/13: „(...) w rozpatrywanej sprawie gwarancje ubezpieczeniowe z [...] września 2009 r. nr [...] i nr [...] dołączone do ofert przedłożonych przez Konsorcjum poprzez zawarty w nich wymóg weryfikacji przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, podpisów złożonych na żądaniu zapłaty, nie posiadały charakteru gwarancji warunkowych i nie były tym samym sprzeczne z treścią pkt 8.5 lit. a SIWZ. Prezes UZP w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji prawidłowo powołał, przy ocenie charakteru przedłożonych przez Konsorcjum gwarancji, poglądy zaprezentowane w orzecznictwie sądowym oraz KIO, znajdujące odniesienie do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazano rozstrzygnięcia z 14 maja 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP/570/09, KIO/UZP/571/09) w których KIO stwierdziła, iż <<powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się ze zobowiązań wobec beneficjenta, a wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty>>. Organ oparł się także na stanowisku Sądu Okręgowego, omówionym w piśmiennictwie (wyrok z 29 lipca 2002 r., V Ca 1087/2002, cyt. za Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa zamówień publicznych, Numer 2 (17)/2008, s. 25 i in.) zgodnie z którym <<wymóg potwierdzenia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty rodzi po stronie gwaranta możliwość weryfikacji żądania. Tak więc znajdujące się w treści gwarancji wymogi nie miały znamion warunku, a jedynie stanowiły formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. Roszczenie przedmiotowej gwarancji płatne było na wezwanie do zapłaty spełniające określone wymogi formalne, a te nie stanowiły o warunkowości samego zobowiązania>>. Na potwierdzenie swojego stanowiska - wskazującego, że zapisy w treści gwarancji wadialnych dotyczące wymogu weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu Zamawiającego nie podważają bezwarunkowego charakteru gwarancji - Prezes UZP zasadnie przywołał także orzeczenie KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZF 1545/10, w którym wprost stwierdzono, że klauzula dotycząca potwierdzenia autentyczności podpisów jest jedynie formą weryfikacji osób zgłaszających roszczenie, która nie odbiera gwarancji cech bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie, Prawidłowo również organ wskazał, na pogląd zawarty w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09 w którym wyjaśniono, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art 24 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. następuje tylko, wtedy gdy nie wniósł on wadium oraz, że kwestia potwierdzenia przez bank zamawiającego autentyczności podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego o wypłatę wadium jest kwestią techniczną nie stanowiącą żadnego ograniczenia, ani warunku zawieszającego tą wypłatę. Wskazać również należy, że z treści obu spornych gwarancji wadialnych jasno wynika, że ubezpieczyciel gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę wskazanych w nich kwot wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego”.

Ponadto, w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1312/13 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przypadku dokumentu - za wadium prawidłowo wniesione, zgodnie z przepisami ustawy, należy uznać taki dokument wadialny, który *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od szczegółowych warunków wyrażonych w SIWZ - często nieznanymi oparcia w przepisach wymagań zamawiającego, które mogą zostać zakwalifikowane co najwyżej jako instrukcyjne wymagania. Izba uznała, że wadium (treść dokumentu wadialnego) może być rozpatrywane jedynie pod względem skuteczności zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Dodatkowo Izba orzekła, że wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego, nie podważa bezwarunkowego charakteru gwarancji, a jedynie służy potwierdzeniu tożsamości osób,

które podpisują żądanie zapłaty należności z tytułu gwarancji bankowej. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego takich podpisów (jedna z możliwości) również nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Podsumowując, w ocenie zamawiającego gwarancja bankowa dołączona do oferty przystępującego poprzez zawarty w niej sposób weryfikacji przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, podpisów złożonych na żądaniu zapłaty, nie posiada charakteru gwarancji warunkowej, od której uzależnia się dokonanie wypłaty i nie jest tym samym sprzeczna z treścią rozdziału XVI pkt. 6 SWZ. Zamawiający uznając bankową gwarancję wadialną wniesioną przez Industria Project sp. z o.o. jako prawidłową badał: prawidłowość formy wadium, jeżeli wadium zostało wniesione w postaci elektronicznej - czy zostało przekazane w oryginale i podpisane elektronicznie, wysokość wadium, moment wniesienia, oraz okres zabezpieczenia oferty wadium, ustawowe okoliczności zatrzymania wadium. Dopiero uchybienie w zakresie któregośkolwiek z ww. elementów podlegających weryfikacji przez zamawiającego, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Zarówno zapisy zamawiającego zawarte w rozdziale XVI SWZ pkt. 6 „Uwaga” jak i zapisy w treści złożonej przez wykonawcę wadialnej gwarancji bankowej dotyczące formy przekazania żądania zapłaty mają charakter instrukcyjny (techniczny) nie stanowiący warunkowości w stosunku do nieodwołanej i bezwarunkowej zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego. Ponadto w obydwu dokumentach nie wskazano skutków prawnych wynikających z odmiennej formy przekazania Bankowi żądania zapłaty.

Zamawiający stwierdza, że w tym przypadku, jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować. Nie bez znaczenia dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej "warunków" i formalnych przesłanek zapłaty. Stosownie do powołanego art. 65 § 1 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zaś w myśl § 2 tego przepisu w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Odnosnie zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Industria z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia zamawiający wskazuje na faktyczny brak zarzutu. Przepis art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp stanowi o odrzuceniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Gwarancja bankowa nie stanowi treści oferty, stąd powyższy przepis nie może mieć zastosowania. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tego zarzutu, nie rozwinął go. Zarzut ten należy traktować jako pozorny, „pusty”, nie merytoryczny, co powoduje, że jakiegokolwiek rozwinięcie na rozprawie tegoż zarzutu będzie oznaczało niedopuszczalne rozszerzenie zakresu odwołania.

Przystępujący Industria Projekt sp. z o.o. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, co następuje.

Zarzuty odwołującego sprowadzają się do stwierdzenia, iż oferta przystępującego podlega odrzuceniu, albowiem gwarancja wadialna przystępującego nie spełnia dodatkowych wymagań zamawiającego zawartych w SWZ. Odwołujący formułując zarzuty stwierdza, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, albowiem:

- oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- przystępujący nie wniósł wadium, lub
- przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Ad. Zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje odrzucenie oferty w przypadku sprzeczności jej treści z warunkami zamówienia, a nie sformułowano

w zarzucie w przypadku sprzeczności samej oferty z warunkami zamówienia. Pojęcie treści oferty definiuje się jako deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. (P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 226.). Treść gwarancji wadialnej nie mieści się w tak zdefiniowanej treści oferty, albowiem gwarancja wadialna nie jest zobowiązaniem wykonawcy oraz nie jest zobowiązaniem do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponieważ gwarancja wadialna nie stanowi treści oferty, to jej ewentualna niezgodność z warunkami zamówienia lub zaleceniami zamawiającego nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, więc w ocenie przystępującego zarzut ten jest bezzasadny.

Ad. Zarzut niewniesienia wadium przez przystępującego.

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, wadium zostało

wniesione w prawidłowym terminie, wadium to jest w wymaganej wysokości oraz obejmuje cały okres związania ofertą, brak więc jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie wniósł wadium.

Ad. Zarzut wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy

Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia zamawiającego.

Gwarancja bankowa Przystępującego jest nieodwołalna i bezwarunkowa, obejmuje cały okres związania ofertą – powoduje to iż Zamawiający jest zabezpieczony w sposób wystarczający i do zatrzymania wadium wystarczy że Zamawiający złoży stosowne oświadczenie, a bank (gwarant) nie będzie mógł odmówić wypłaty wadium. W doktrynie przyjmuje się, iż wadium jest wniesione w sposób nieprawidłowy, gdy:

- do upływu terminu składania ofert wykonawca wniósł wadium w formie nieprzewidzianej w art. 97 ust. 7 p.z.p.;
- do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył kopię gwarancji lub poręczenia,

o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4 p.z.p.;

- do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył dokument gwarancji warunkowej lub poręczenia warunkowego,

o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4 p.z.p.;

- do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył dokument gwarancji lub poręczenia warunkowego, o których mowa w art. 97 ust. 6 pkt 2–4 p.z.p.;

o których mowa w art. 97 ust. 6 pkt 2–4 p.z.p.;

- do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył dokument gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, jeżeli ich treść uniemożliwia zatrzymanie wadium

w okolicznościach, o których mowa w art. 98 ust. 6 p.z.p.;

- do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył dokument gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, jeżeli z ich treści nie wynika, że wadium zabezpiecza składaną ofertę;

- do upływu terminu składania ofert wykonawca wniósł wadium w formie przewidzianej

w art. 97 ust. 7, jednak okres ważności wadium jest krótszy od terminu związania ofertą.

(tak: P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 226.)

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała żadna z powyższych przesłanek, zarzucanie przystępującemu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy jest bezpodstawne. Identyczny jak w przedmiotowej sprawie stan faktyczny był przedmiotem wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku Białej z 10 września 2009 r. sygn. II Ca 404/09, który to Sąd oddalając skargę na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2009, sygn. KIO 859/09 stwierdził: „*Odwołujące się konsorcjum podnosiło, że postanowienia pkt 12 ust. 2 ppkt 2 lit. g siwz są bezskuteczne dla oceny przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp albowiem niezależnie, czy zastosował się on do siwz dotyczących wadium, czy też nie, to i tak wadium skutecznie zostało wniesione, a to wyłącza możliwość jego wykluczenia*

z postępowania. Zespół orzekający Krajowej Izby Odwoławczej słusznie zauważył, że wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z siwz w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta, należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp następuje tylko wtedy, gdy nie wniósł on wadium. Niewniesienie wadium oznacza brak zabezpieczenia oferty, czyli sytuację, w której wadium zostało wniesione

w sposób uniemożliwiający zamawiającemu zaspokojenie się z kwoty wadium przez cały okres związania ofertą i w wysokości określonej w siwz przez zamawiającego. Nie każda niezgodność wadium co do warunków formalnych jego wypłaty oznacza niezgodność z siwz. W tej konkretnej sprawie pomimo niezgodności z siwz wadium gwarantuje zamawiającemu pełne zaspokojenie jego roszczeń zarówno co do ich maksymalnego zakresu, jak również co do bezwarunkowej ich realizacji. Kwestia potwierdzenia przez Bank zamawiającego autentyczności podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego o wypłatę wadium jest kwestią techniczną nie stanowiącą żadnego ograniczenia ani warunku zawieszającego tą wypłatę. Krajowa Izba Odwoławcza słusznie stwierdziła, że "powód ewentualnego opóźnienia wypłaty świadczenia pieniężnego przez ubezpieczyciela leżeć może wyłącznie po stronie zamawiającego, a zatem jest od niego zależny". Oznacza to, że na ewentualne niewypłacenie wadium lub opóźnienie w jego wypłacie składający zabezpieczenia wykonawca nie ma żadnego wpływu, a wpływ taki poprzez swoje zaniedbania może mieć jedynie zamawiający”.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że wbrew stanowisku odwołującego, treść gwarancji bankowej przystępującego nie jest sprzeczna z literalnym brzmieniem SWZ. Nawet gdyby przyjąć, że ograniczenia dotyczące gwarancji wadialnych, które wprowadza zamawiający są wiążące i ich naruszenie stanowi o nieprawidłowym wniesieniu wadium,

to z SWZ wprowadza wyłącznie ograniczenia związane z:

- składaniem żądania wypłaty wadium za pośrednictwem banku
- notarialnym potwierdzaniem podpisów

- składania żądania zapłaty wadium wyłącznie listem poleconym lub kurierem
- żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów (oprócz dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do występowania w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty).

Tymczasem gwarancja wadialna przystępującego zakłada, że w przypadku złożenia żądania zapłaty wadium w formie pisemnej lub elektronicznej, należy dołączyć potwierdzenie w od banku prowadzącego rachunek, że podpisy na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań, oczywistym jest bowiem, że składając żądanie zapłaty z gwarancji powinna zrobić to osoba uprawniona. W ocenie przystępującego żądany w gwarancji wadialnej przez Bank dokument jest dokumentem potwierdzającym umocowanie osób do występowania w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty – czyli dokumentem literalnie dopuszczonym przez zamawiającego.

Jeszcze dalej idące stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 czerwca 2013r., sygn. KIO 1312/13 gdzie stwierdzono: „*W niniejszej sprawie Izba przede wszystkim stwierdza, że wadium [treść dokumentu wadialnego] może być rozpatrywane jedynie pod względem skuteczności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego. Zdaniem Izby, w tym postępowaniu Odwołujący prawidłowo zabezpieczył ofertę wadium, a mianowicie wniósł je przed upływem składania ofert, a dokument wadialny spełnia wymagania ustawowe. Kwestionowane postanowienia (akapit 2 i 3), w tych okolicznościach faktycznych, nie wywierają w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego wadium żadnych skutków prawnych. Zdaniem Izby kwota gwarantowana staje się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez zamawiającego (przez złożenie stosownego, wskazanego w treści gwarancji, żądania zapłaty), a sporne klauzule nie pozwalają gwarantowi na uchylanie się od płatności. (...) Izba stwierdza również, że wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego, nie podważa bezwarunkowego charakteru gwarancji, a jedynie służy potwierdzeniu tożsamości osób, które podpisują żądanie zapłaty należności z tytułu gwarancji bankowej. W tym przypadku niewątpliwie należy mieć na uwadze wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2013 r. [sygn. akt V SA/Wa 327/13]*”.

W przywołanym wyżej wyroku WSA w Warszawie stwierdzono: „*W ocenie Sądu w rozpatrywanej sprawie gwarancje ubezpieczeniowe z [...] września 2009 r. nr [...] i nr [...] dołączone do ofert przedłożonych przez Konsorcjum poprzez zawarty w nich wymóg weryfikacji przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, podpisów złożonych na żądaniu zapłaty, nie posiadały charakteru gwarancji warunkowych i nie były tym samym sprzeczne z treścią pkt 8.5 lit. a SIWZ*”.

Podobnie stanowi orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1545/10, w którym wprost stwierdzono, że klauzula dotycząca potwierdzenia autentyczności podpisów jest jedynie formą weryfikacji osób zgłaszających roszczenie, która nie odbiera gwarancji cech bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*”), wskazuje, co następuje.

SWZ jako podstawowy dokument regulujący wszystkie okoliczności związane z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje i opisuje zarówno tryb postępowania zamawiającego i wykonawców, jak i wszelkiego rodzaju ograniczenia i wyłączenia, jakie w danym postępowaniu obowiązują zamawiającego i wykonawców. Tym samym wszelkiego rodzaju odstępstwa od ustalonych w SWZ zasad na etapie badania i oceny ofert są niedopuszczalne. W przeciwnym przypadku będziemy bowiem mieli sytuację

nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości (art. 16 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 7 pkt 29 ustawy Pzp ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Tym samym, jeżeli zamawiający w treści SWZ ustanowił ograniczenia względem treści gwarancji wadialnej, to uznać należało, iż ustalenia te (zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp) stanowią warunki udziału w postępowaniu dotyczące wymagań proceduralnych. Ustalenie powyższe prowadzi zatem do wniosku, że choć co do zasady gwarancja wadialna nie stanowi treści oferty *sensu stricto*, to przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pozwala na jego zastosowanie w przypadku, gdy treść gwarancji wadialnej zawiera postanowienia niezgodne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający względem treści gwarancji wadialnej postawił następujące wymagania (Uwaga pod ust. 6 rozdziału XVI SWZ): *Źródła w postaci elektronicznej dokumentu wadium w formie gwarancji lub poręczenia winien zawierać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty wymaganej kwoty wadium, na pisemne żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty kwoty wadium, powstałe na skutek okoliczności określonych w Pzp.*

W dokumencie tym, gwarant/ poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków (np. żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, żądanie potwierdzenia przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do występowania w imieniu Zamawiającego, żądanie złożenia wezwania do zapłaty np. tylko w formie listu poleconego czy kurierem, żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów (oprócz dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do występowania w imieniu Zamawiającego z żądaniem zapłaty)).

Powyższe zastrzeżenie zamawiającego doznaje wyłączenia tylko w jednym przypadku – dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do występowania w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty. Oznacza to, że w przypadku ziszczenia się sytuacji, w której zamawiający podejmie decyzję o zatrzymaniu wadium wykonawcy, zamawiający kieruje taki wniosek bezpośrednio do gwaranta lub poręczyciela i jedynym dokumentem, który może być załączony do takiego wniosku/wezwania są dokumenty rejestrowe zamawiającego i/lub stosowne pełnomocnictwa.

Tymczasem w gwarancji wadialnej przystępującego (gwarancja bankowa nr (...)), gwarant dokonał takiego zastrzeżenia, iż w celu skutecznego zaspokojenia się zamawiającego z kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej koniecznym będzie potwierdzenie przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, że podpisy na żądaniu zapłaty (zamawiającego) należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu zamawiającego (tiret pierwsze i trzecie zastrzeżeń, z uwagą, że zamawiający w zakresie tiret trzeciego uznawał to zastrzeżenie z wyłączeniem sformułowania „od notariusza”). Odnośnie tiret drugiego zamawiający nie zgłaszał zastrzeżenia co do zasadności zarzutu odwołania, tym samym zgadzając się z odwołującym, że zastrzeżenie to jest niezgodne z SWZ.

Niemniej w zakresie dwóch pozostałych zastrzeżeń gwaranta stwierdzić należało, iż zawierają one postanowienia niezgodne z treścią SWZ, co stanowiło przesłankę do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek stanowiących podstawę do odrzucenia oferty przystępującego, tj. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3, Izba stwierdziła, przyjmując konsekwentnie, że treść gwarancji wadialnej przystępującego jest niezgodna z treścią SWZ, że przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, a nieprawidłowość ta polegała na ustanowieniu zastrzeżeń gwaranta pozostających w sprzeczności z treścią warunków udziału w postępowaniu ustalonych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....