Sygn. akt: KIO 422/15

WYROK

z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2015 r. przez **wykonawcę M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „POLDEK" M. W., ul. Długosza 89, 42-100 Kłobuck** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma M. W., „POLDEK" ul. Długosza 89, 42-100 Kłobuck** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „POLDEK" M. W., ul. Długosza 89, 42-100 Kłobuck** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „POLDEK" M. W., ul. Długosza 89, 42-100 Kłobuck** na rzecz **Miasta Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 422/15

Uzasadnienie

Miasto Radomsko (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie dróg o nawierzchni nieulepszonej na terenie miasta Radomska w 2015 r. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 stycznia 2015 r. pod pozycją 15814.

W postępowaniu tym wykonawca M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „POLDEK" M. W. (dalej: „odwołujący") w dniu 3 marca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia, w jego ocenie niepełnej gwarancji bankowej, rzekomo nie uwzględniającej w pełni interesów zamawiającego,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego w wyniku uznania, iż nie zostało wniesione wadium w terminie składania ofert,
- art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez uznanie niezupełności wniesionej przez odwołującego gwarancji bankowej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium, definicja taka zawarta została natomiast w art. 70_4 § 1 KC, zgodnie z którym przez pojęcie wadium należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta, jak zauważył odwołujący, oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że zarówno na gruncie KC, jak i ustawy Pzp, rolą wadium jest zabezpieczenie

zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą.

Odwołujący zwrócił również uwagę na dyspozycję art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), zgodnie z którą gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków

---

zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Przedmiotowa regulacja ma charakter bezwzględnie obowiązujący, jednak ramowy charakter definicji pozostawia dużą swobodę w kształtowaniu szczegółów treści tej czynności prawnej. Odwołujący zauważył również, że gwarancja 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 z zobowiązań wobec beneficjenta.

Odwołujący stwierdził, że konieczne jest, by dokument gwarancji wskazywał zamawiającego jako podmiot, któremu przysługuje świadczenie na wypadek zajścia przewidzianego w umowie gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający powinien być wskazany w sposób nie budzący wątpliwości co do jego identyfikacji. Dokument gwarancyjny powinien też, zdaniem odwołującego, określać kwotę, jaką gwarant zobowiązuje się wypłacić beneficjentowi w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Kwota powinna odpowiadać wysokości wadium określonej przez zamawiającego na podstawie art. 45 ust 4 ustawy Pzp i podanej do wiadomości wykonawców w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto, że aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego, dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie w przypadku zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że wymóg, by dokument gwarancji zawierał tego rodzaju sformułowania powinien być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przykładowo odwołujący wskazał, że przy redakcji dokumentu gwarancji używa się takich sformułowań, jak „Gwarantujemy bezwarunkowo...", „Gwarantujemy zapłacić bezwarunkowo na pierwsze wezwanie... (beneficjenta)". Odwołujący stwierdził, że użycie takich sformułowań czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, nie pozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniającą wypłatę wymaganej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu beneficjenta. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. Odwołujący dodał, że w treści gwarancji powinien być również określony termin jej ważności, który powinien obejmować termin związania ofertą.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia

---

publicznego nie wystarczy złożenie jako wadium dokumentu zatytułowanego „gwarancja ubezpieczeniowa", dokument ten musi bowiem odpowiadać cechom wskazanym powyżej.

Odwołujący zaznaczył, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - dokument gwarancyjny gwarantował zamawiającemu, iż w sytuacji nadzwyczajnej otrzyma kwotę zabezpieczenia.

Jak podkreślił odwołujący, zamawiający miał też możliwość wezwania odwołującego do uzupełnienia w jego ocenie niepełnej gwarancji, czego nie uczynił.

Zdaniem odwołującego, przy ocenie gwarancji bankowej nie można pomijać znaczenia, jakie nadaje temu dokumentowi oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego kwoty wadium. Wypełnia ono istotę gwarancji bankowej określanej jako bezwarunkowa i stanowi o zabezpieczeniu oferty wadium. Odwołujący przywoła też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 601/14.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności wyboru ofert z udziałem odwołującego niepodlegających odrzuceniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz treść oferty złożonej przez odwołującego, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania

zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, iż wymagania w zakresie wadium zamawiający sformułował w Rozdziale 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wskazał m.in. wysokość wadium (pkt 8.1), termin wniesienia wadium (pkt 8.2), formy jego wniesienia (pkt 8.3), jak również określił, że wadium wniesione w formie innej niż pieniężna musi zawierać w swojej treści oświadczenie poręczyciela lub gwaranta, że zobowiązuje się on do nieodwołalnej i bezwarunkowej wypłaty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego wzywające do zapłaty. Zamawiający zaznaczył również, że wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres terminu związania ofertą w sposób dający zamawiającemu pewność pełnego zaspokojenia jego roszczeń zarówno co do ich maksymalnego zakresu, jak również bezwarunkowej i nieodwołalnej ich realizacji na pierwsze pisemne żądanie wzywające do zapłaty, w przypadku wystąpienia okoliczności ustawowych uprawniających do zatrzymania wadium (pkt. 8.4).

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję bankową nr GP/15/00003 z dnia 5 lutego 2015 r. wystawioną przez ESBANK Bank Spółdzielczy. W pkt 1 ww. gwarancji stwierdzono, że „gwarancja jest wniesieniem przez Oferenta wadium w formie gwarancji bankowej – bezwarunkowej i nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie i obejmującej okres od dnia obowiązywania gwarancji do upływu terminu związania ofertą”. Jednocześnie w pkt 5 gwarancji wskazano, że zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli oferent, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający argumentował, iż złożona przez odwołującego gwarancja bankowa nie zabezpiecza oferty w sposób dający zamawiającemu pewność pełnego zaspokojenia jego roszczeń z powodu nie wskazania w jej

treści wszystkich okoliczności ustawowo uprawniających do zatrzymania wadium, nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, tj. nie zawiera przesłanki określonej

w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wniósł wadium do terminu składania ofert.

Na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, 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 Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z kolei zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba zważyła, że gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie klienta. Bank oświadcza, że, zgodnie z jej treścią, zaspokoi przyjmującego gwarancję beneficjenta, jeżeli zleceniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań. Celem gwarancji jest dodatkowe zapewnienie jej beneficjentowi wykonania umowy przez kontrahenta. Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty.

Izba stwierdziła, że brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Pzp, dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy Pzp, ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13).

W przedmiotowej sprawie w treści gwarancji nie powołano się na konkretne przepisy ustawy Pzp, nie odwołano się też do innego dokumentu określającego przesłanki zatrzymania wadium. W pkt 5 gwarancji wymieniono przesłanki, które wyczerpują katalog zakreślony art. 45 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie, brak jest możliwości wywiedzenia z treści gwarancji podstawy do zatrzymania przez zamawiającego wadium w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Nieobjęcie zakresem gwarancji okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, co z kolei skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na powyższe nie może mieć wpływu okoliczność, iż odwołujący w dniu 16 lutego 2015 r. przekazał zamawiającemu uzupełnioną gwarancję bankową wystawioną z datą 5 lutego 2015 r., bowiem została ona przekazana zamawiającemu po terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 6 lutego 2015 r. godz. 9:00 (pkt 12.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zgodnie zaś z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z tego samego powodu skutku nie może odnieść złożone przez odwołującego na rozprawie pismo ESBANK Bank Spółdzielczy z dnia 16 marca 2015 r.

Jednocześnie, brak jest możliwości wezwania odwołującego do uzupełnienia wadium na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań przez tych został określonych zamawiającego. Katalog dokumentów określony

w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Katalog ten nie obejmuje dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium.

Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzuty podniesione przez odwołującego za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……