Sygn. akt: KIO 1222/15

WYROK
z dnia 25 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2015 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie

przy udziale wykonawcy przy udziale wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1222/15

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Przebudowę drogi wojewódzkiej nr 544 (Brodnica) - Lidzbark - Działdowo - (Mława-Przasnysz- Ostrołęka) na odcinku Działdowo-Iława-Osada".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 kwietnia 2015 roku pod numerem 83642.

8 czerwca 2015 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp), wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - przez uznanie, iż Odwołujący nie wniósł wadium w postępowaniu,
2) art. 24 ust. 4 ustawy - przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenie czynności oceny kwalifikacji wykonawców oraz złożonych przez nich ofert, uznanie, że wniesione przez Odwołującego wadium spełnia wymagania ustawowe, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazała, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. Na skutek naruszenia w/w przepisów Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i dokonał wyboru innej oferty, co pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tymczasem dokonanie oceny wniesionego wadium zgodnie z przepisami ustawy powinno doprowadzić do wniosku, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz do uznania oferty

Odwołującego za najkorzystniejszą.
Odwołujący podał, że został poinformowany o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przez przesłanie przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 3 czerwca 2015 roku - odwołanie jest wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2015 roku.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę drogi wojewódzkiej nr 544 (Brodnica) - Lidzbark - Działdowo - (Mława-Przasnysz-Ostrołęka) na odcinku Działdowo-Iława-Osada", nr ZDW/NZP.JP-2/PN/3220/39/15.

Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty w oparciu o dwa kryteria: cena (98%) oraz okres gwarancji (2%).
Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, oferującą wykonanie zamówienia za cenę 15 612 601,60 oraz termin gwarancji na okres 5 lat. Stąd to warunki realizacji korzystniejsze od zaoferowanych przez firmę Strabag S.A., której oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Taki wybór został dokonany na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nie wniesienia wadium w odpowiedniej formie.
Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez UNIOA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. - Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A498621 z dnia 28 kwietnia 2015 roku, a więc już sam tytuł gwarancji wskazuje, ze jest to gwarancja zapłaty wadium. W treści gwarancji wskazano jednoznacznie zarówno beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), Zobowiązanego-Oferenta, sumę gwarancyjną oraz tytuł i numer postępowania.

Zdaniem Zamawiającego gwarancja nie wskazuje wszystkich okoliczności wypłaty wadium: W art.46 ust. 4a cyt. ustawy przewidziano przesłanki, których wystąpienie powoduje utratę wadium przez wykonawcę w znacznie szerszym zakresie tj. „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 tych 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".

Z taką interpretacją nie sposób się zgodzić.
Przesłanki wypłaty sumy gwarancyjnej zostały w treści gwarancji określone w następujący sposób:
Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej, niż suma gwarancyjna na pierwsze pisemne wezwanie Beneficjenta, przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji, zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji:
Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, −

Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, −
Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie −
Zobowiązanego,
Zobowiązany, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył w odpowiedzi na −
wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46. ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pierwsze trzy punkty odpowiadają wprost przesłankom utraty wadium wymienionym w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp:
Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

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

Trzeci punkt gwarancji odpowiada przesłance utraty wadium wymienionej w 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, 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.
Odwołujący wskazał, że tekst gwarancji rzeczywiście nie stanowi cytatu przepisu ustawy, jednak nie jest konieczne, aby w treści gwarancji cytowano przepisy ustawy. Wskazują na to choćby wyroki KIO przywołane przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania. Rozstrzygające jest, czy gwarancja umożliwia realizację uprawnień beneficjenta gwarancji w każdej ustawowej sytuacji utraty wadium, ważna jest merytoryczna treść gwarancji, nie jej tekst.

Gwarancja przewiduje wypłatę wadium jeśli Wykonawca:

1) „w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego"

Pominięto frazę „o którym mowa w art. 26 ust. 3", co z jednej strony, nie ma charakteru istotnego, z drugiej, obejmuje swoim zakresem nie tylko sytuacje określone w art. 26 ust. 3. Po pierwsze, art. 26 ust. 3 stanowi podstawę działania Zamawiającego, która nie musi być wprost wskazywana nawet w treści wezwania, tym bardziej nie musi być wskazywana w treści uzupełnienia, czy w treści gwarancji. Gwarancja wystarczająco precyzuje, że chodzi o sytuację, w której Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń, a Wykonawca tych dokumentów nie złożył.
Po drugie, wezwanie Zamawiającego dotyczy (co jest oczywiste w świetle dalszej analizy) również innej sytuacji, niż art. 26 ust. 3. Chodzi mianowicie o informację o poprawieniu omyłki
w treści oferty (art. 87 ust. 2 Pzp), która - w odniesieniu do tzw. „innych omyłek" (art. 87 ust 2 pkt 3) - obejmuje również wezwanie do wyrażenia zgody na ich poprawienie (ze skutkiem odrzucenie oferty w przypadku braku tej zgody - art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

2) *„z przyczyn leżących po jego (wykonawcy) stronie"*

Sformułowanie odpowiada dokładnie tekstowi art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

3) *„nie złożył dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust 4a ustawy Prawo zamówień publicznych"*

W tekście gwarancji użyto tego samego czasownika, co w pierwszej części art. 46 ust. 4a ustawy („nie złożył"), przy czym czasownik ten w treści ustawy odnosi się do:

a) dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1,
b) pełnomocnictw,
c) 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.

Nie powinno budzić wątpliwości, że sformułowanie użyte w treści gwarancji obejmuje sytuacje faktyczne określone w pierwszej części analizowanego przepisu.

W dalszej treści art. 46 ust. 4a ustawy przewiduje odrębną przesłankę utraty wadium: „nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3", która nie została wymieniona wprost w tekście gwarancji. Niemniej, treść gwarancji nie wskazuje na oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub art. 24 ust. 2 pkt 5 (jak w treści art. 46 ust. 4a), lecz „dokumenty i oświadczenia, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp". Wskazano więc na wszystkie oświadczenia i dokumenty, o których mowa (co jest wyrażeniem szerszym, niż „wymienione") w analizowanym przepisie: art. 46 ust. 4a ustawy.
Wymienione w tym przepisie oświadczenia i dokumenty obejmują zarówno:

a) dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1,
b) pełnomocnictwa,
c) listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, oraz informacje o tym, że nie należy do grupy kapitałowej,

jak i:

d) oświadczenie wyrażające zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Bez wątpienia wyrażenie zgody na poprawienie omyłki następuje przez złożenie stosownego oświadczenia. Skoro w treści gwarancji posłużono się określeniem „dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp", nie powinno budzić wątpliwości, że sformułowanie to obejmuje również oświadczenie wyrażające zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jest to, oczywiście, jedno z oświadczeń, o których jest mowa w analizowanym przepisie, a jego nie złożenie (na

wezwanie zamawiającego) będzie skutkować wypłatą sumy gwarancyjnej.

4) *„co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej" - pominięta fraza*

W tekście gwarancji pominięto zastrzeżenie, że utrata wadium może nastąpić jedynie w sytuacji powodującej brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że zakres zobowiązania wystawcy gwarancji jest szerszy: gwarant nie może badać przed wypłatą sumy gwarancyjnej okoliczności, czy oferta Wykonawcy jest najkorzystniejsza, czy nie. Szerszy jest również zakres uprawnień Zamawiającego, który - w świetle samej treści gwarancji - może ubiegać się o wypłatę bez konieczności uzasadnienia wystąpienia jednego z elementów przesłanek utraty wadium w świetle art. 46 ust. 4a ustawy.

Rozważania te, oczywiście, nie mają charakteru istotnego, gdyż zasady zwrotu i utraty wadium reguluje nie tylko treść gwarancji, ale i bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy. W żadnym zaś przypadku brak analizowanej frazy nie może być uznany za wadę gwarancji ubezpieczeniowej.
Dodatkowo należy wskazać, że w treści gwarancji znajduje się oświadczenie, że gwarant udziela gwarancji zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Już samo to oświadczenie, bez precyzowania przesłanek wypłaty wadium, jest wystarczające do realizacji uprawnień beneficjenta (Zamawiającego) z tytułu gwarancji. Zamawiający w pkt 11 SIWZ (w szczególności w ppkt 11.5) wskazał wszystkie prawem określone przesłanki zatrzymania wadium. Wystarczyło więc przywołanie w treści gwarancji samej specyfikacji (tak, jak wystarczyłoby wskazanie samej ustawy).

Podsumowując należy stwierdzić, że brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia,

że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Odwołującego nie spełnia wymagań ustawy lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za nieporozumienie należy uznać stwierdzenie Zamawiającego jakoby „w art. 46 ust. 4a przewidziano przesłanki, których wystąpienie powoduje utratę wadium w znacznie szerszym zakresie". Zamawiający nie miałby żadnych przeszkód w dochodzeniu wypłaty sumy gwarancyjnej w każdym przypadku utraty wadium, które są wymienione w ustawie oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zwłaszcza, że załączona do oferty gwarancja została wystawiona na formularzu standardowo stosowanym przez Towarzystwo UNIQA w postępowaniach o

udzielenie zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępoania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnik postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 9 czerwca 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 10 czerwca 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszone przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2015 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie.*

Izba dopuściła dowód (nr 1) złożony przez Odwołującego na rozprawie dokument z dnia

22 czerwca 2015 roku pochodzący od wystawcy gwarancji UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w rozdziale XI zawarł wymagania dotyczące wniesienia wadium.
Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, stanowiąc, że wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 340 000,00 zł, według wyboru wykonawcy w formie: pieniądza, poręczeń bankowych, poręczeń pieniężnych spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych, poręczeń 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. Zgodnie z

punktem 11.4 SIWZ, *W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.* W punkcie 11.5 SIWZ wskazane zostały enumeratywnie podstawy zatrzymania wadium wraz z odsetki, w tym w punkcie 2) Zamawiający podał, że zatrzyma wadium wraz z odsetkami, gdy: *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.*

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej *Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A498621* wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi z dnia 28 kwietnia 2015 roku.
W treści gwarancji czytamy:
Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej, niż suma gwarancyjna na pierwsze pisemne wezwanie Beneficjenta, przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji, zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji:

- *Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,*
- *Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- *Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego,*
- *Zobowiązany, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46. ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.*

Zgodnie z 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, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła:

Na wstępie podkreślić należy, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych, została jedynie przewidziana w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm.) jako jedna z czynności ubezpieczeniowych. Gwarancja ubezpieczeniowa nie jest regulowana co do zakresu informacji a stanowi specyficzną, ukształtowaną głównie przez praktykę czynność ubezpieczeniową znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody kształtowania zobowiązań (art. 353^1 k.c.). W piśmiennictwie podkreśla się, że treść gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza – Zamawiającego) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego (Paweł Banasik „Definicja i formy wadium w zamówieniach publicznych). Wskazać należy na podnoszone w piśmiennictwie, z uwagi na specyfikę zobowiązania jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, że treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni liberalnej, elastycznej. Treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta, kształtowana jest przez strony umowy i w sposób wyczerpujący określona jest w treści tej gwarancji.
Niespornym jest zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie, że Zamawiający może określić w SIWZ swoje wymagania w odniesieniu do treści gwarancji ubezpieczeniowej (jak również gwarancji bankowej), co jest zasadne z uwagi na wcześniej wskazany brak regulacji w zakresie ustawowych wymagań co do treści gwarancji.
Zamawiający w SWIZ w rozpoznawanej sprawie podał, sprecyzował w sposób jasny i przejrzysty jakie postanowienia mają znajdować się w gwarancji wadialnej - w tym podał, aby gwarancja obejmowała odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy - którą wykonawcy będą zabezpieczać złożone oferty w postępowaniu (pkt 11.4 SIWZ), jednocześnie Zamawiający

poza odwołaniem się do odpowiednich podstaw prawnych podał enumeratywnie przypadki w których będzie zatrzymywał wadium (pkt 11.5 SIWZ).

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygniecie sporu polega na ocenie tego czy ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego, w zakresie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, w gwarancji złożonej przez Odwołującego zapewnia Zamawiającemu możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń, w zakresie jaki określa ustawa oraz jaki został wskazany przez Zamawiającego w SIWZ.
Izba wskazuje, na orzecznictwo, w szczególności Sądu Najwyższego, który w wyrokach z dnia 10 maja 2013 roku sygn. akt I CSK 422/12 oraz z dnia 22 listopada 2012 roku sygn. akt II CSK 448/12 stwierdził, że przepis art. 46 ust. 4a mający charakter bezwzględnie obowiązujący musi być interpretowany ściśle.
W wyroku z dnia 3 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 868/08, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ustawa nie daje możliwości zmiany postanowień gwarancji po terminie składania ofert. Możliwość zastosowania art. 65 k.c. jest wyłączona, gdyż ma on zastosowanie do umów, a gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem jednostronnym gwaranta do zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta po złożeniu oświadczenia przez beneficjenta. Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 594/09 Izba wskazała, że dokument potwierdzający wniesienie wadium należy rozpatrywać, biorąc pod uwagę ściśle jego brzmienie. Jeżeli w treści gwarancji nie wymieniono dwóch przesłanek utraty wadium, nie można zakwalifikować tego jako błędu pisarskiego (błędu w drukowaniu). Gwarancja bankowa stanowi zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w relacji do stosunku podstawowego, tj. stosunku przetargowego. Do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli,

wskazanych w art. 65 § 1 ustawy – Kodeks cywilny. Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia oceny dla skuteczności wniesienia wadium.
Zaznaczyć należy, że postanowienia ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej należy odczytywać zgodnie z jej literalnym brzmieniem, nie można dokonywać jej wykładni a w efekcie rozszerzać znaczenia postanowień jakie zostały w niej zawarte. W taki więc sposób należy odczytać zawarte w gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego postanowienie: *Zobowiązany, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień*

złożenia ofert) art. 46. ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Z postanowienia tego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium w jedynie sytuacji, gdy Odwołujący z przyczyn leżących po stronie Odwołującego nie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w aktualnym art. 46. ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby postanowienie gwarancji ogranicza możliwości zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a ustawy. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że odniesienie do art. 46 ust 4a ustawy obejmuje swoim znaczeniem wszystkie wskazane w tym przepisie elementy / podstawy zatrzymania wadium. W ocenie Izby postanowienie zawarte w gwarancji stanowi ograniczenie określonych w art. 46 ust 4a ustawy przesłanek zatrzymania wadium. Odnosi się bowiem do tych jedynie, które wymienione zostały w pierwszej części ww. przepisu. Izba wskazuje, że odniesienie w postanowieniach gwarancji do zwrotu „z przyczyn leżących po jego stronie" jednoznacznie przesądza i wskazuje na pierwszą część przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy, ponieważ zwrot ten odnosi się do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, których Zamawiający obowiązany jest dokonywać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. postanowienia gwarancji w ocenie Izby stanowią zawężenie podstaw zatrzymania wadium do wybiórczo wskazanych tam podstaw i nie zmienia tego faktu wskazywana przez Odwołującego wymieniona podstawa prawna (art. 46 ust. 4a ustawy), która nie została powołana w odniesieniu do wskazanych tam wszystkich okoliczności. Nie sposób wywieść również powołanie wszystkich podstaw umożliwiających zatrzymanie wadium przez odniesienie się w treści gwarancji do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem jak słusznie wskazał Zamawiający i uczestnik postępoania odwoławczego gwarancja nie odwołuje się do postanowień SWIZ w zakresie podstaw zatrzymania wadium lecz wskazana została SIWZ w odniesieniu tylko do kwoty wadialnej. W ocenie Izby powołany przez Odwołującego dowód tj. dokument z dnia 22 czerwca 2015 roku pochodzący od wystawcy gwarancji UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A stanowi wykładnię postanowień gwarancji i wynika z tego dokumentu, jak na dzień 22 czerwca 2015 roku wystawca gwarancji interpretuje jej postanowienia, natomiast nie potwierdza ten dowód, że postanowienia zawarte w gwarancji obejmują wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4 a ustawy.
W podsumowaniu, Izba odwołując się do wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt Ga 189/13 wskazuje, że nieobjęcie zakresem gwarancji choćby jednej okoliczności, która powinna być zabezpieczona w świetle przytoczonych przepisów ustawy, skutkuje wykluczeniem z postępowania wykonawcy wnoszącego tego rodzaju wadium. Dodatkowo

wskazać należy nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów ustawy oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości - w rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby bark jest takiego odesłania w zakresie warunków zatrzymania wadium, natomiast w zakresie odwołania się do art. 46 ust. 4 a ustawy postanowienia gwarancji zawężają określenia podstaw do zatrzymania wadium jedynie do jednej części tego przepisu, co zostało wykazane powyżej.
Tym samym Zamawiający nie naruszył postanowień art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jak również art. 24 ust. 4 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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 ze zmianami).

Przewodniczący: