

WYROK
z dnia 24 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 września 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Ecorys Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Instytut Badań Nad Gospodarką Rynkową, adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Polskie klastry i polityka klastrowa” prowadzonym przez zamawiającego - **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Ecorys Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Instytut Badań Nad Gospodarką Rynkową, adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Ecorys Polska sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Instytut Badań Nad Gospodarką Rynkową, adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Pouczenie:

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

.....

2

Sygn. akt: KIO/1956/10

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Polskie klastry i polityka klastrowa”, prowadzonym przez Zamawiającego - Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm ECORYS Polska sp. z o.o. i Instytut Badań Nad Gospodarką Rynkową wskazał, że odwołanie dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy, unieważnienia postępowania oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zaskarżonym czynnościom wykonawca zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust 1, art. 24 ust 2 pkt 2 oraz art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759]. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, oraz czynności wykluczenia Odwołującego i nakazanie powtórzenia czynności poczynawszy od badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2010 roku

przekazał wykonawcy zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz o unieważnieniu tego postępowania. Za podstawę wykluczenia, wskazał art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy stwierdzając, że Odwołujący nie wniósł wadium i podając, że do oferty załączono kolorową kopię gwarancji bankowej, a tym samym wadium nie zostało wniesione. Zdaniem Zamawiającego, podstawą do takiego rozumowania jest art. 81 ust 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. Nr 140, poz. 939 ze zm.), zgodnie z którym udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Ta okoliczność stała się przyczyną zastrzeżenia przez Zamawiającego w par. 8 ust. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) konieczności złożenia oryginału gwarancji wraz z ofertą. Zdaniem Zamawiającego wadliwość możliwego złożenia kopii jest tym większa, iż w treści gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego znajduje się zapis mówiący, iż gwarancja wygasa jeżeli oryginał gwarancji zostanie zwrócony do banku. Abstrahując od tego, czy do oferty faktycznie załączono oryginał, czy kopię gwarancji, zdaniem wykonawcy dla możliwości dochodzenia praw Zamawiającego wynikających z gwarancji, forma dokumentu załączonego do oferty pozostaje całkowicie bez znaczenia. Istotne jest, aby gwarancja została udzielona na piśmie. Przez udzielenie gwarancji należy rozumieć złożenie na niej własnoręcznych podpisów oraz wydanie dokumentu dłużnikowi (Odwołującemu). Z obowiązku zachowania pisemności udzielenia gwarancji nie wynika jednak, jak to wywodzi Zamawiający, konieczność składania do banku gwaranta formy

3

pisemnej samej gwarancji, w celu uzyskania wypłaty wierzytelności z gwarancji. Okoliczność powyższa wynika wprost z samej treści gwarancji. Powołując się na orzecznictwo zespołu arbitrów wykonawca podał, że "Dołączenie kopii gwarancji bankowej poświadczonej za zgodność jest wystarczające dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla dochodzenia bowiem roszczeń wynikających z gwarancji bankowej niezbędne jest, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek zapisów ograniczających zakres odpowiedzialności gwaranta". Złożona przez Odwołującego gwarancja bankowa zawiera w swojej treści wszystkie okoliczności zapłaty wadium, zgodnie z art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy. Dowód wniesienia wadium został Zamawiającemu przekazany wraz z ofertą. W treści gwarancji nie zastrzeżono konieczności złożenia do banku oryginału w celu uzyskania zapłaty. Brak zatem podstawy do stwierdzenia, że wadium nie zostało wniesione, co było podstawą wykluczenia Odwołującego oraz unieważnienia postępowania. Powołując się także na orzecznictwo KIO stwierdził, że „Wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Tą chwilą jest (...) data złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela lub gwaranta - gdy wadium jest wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji. Przepisy ustawy o terminie i formach wniesienia wadium nie uzależniają skutku prawnego wniesienia wadium od przedłożenia Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, ważne jest bowiem, aby było ono wniesione przed upływem terminu składania ofert. W świetle powyższego wadium jest wniesione z chwilą, gdy zostało wpłacone lub ustanowione. Gwarancja spełnia więc funkcję zabezpieczającą bez względu na to, czy beneficjent ma jej oryginał, czy wyłącznie kopię. Gdyby w treści gwarancji zostało zapisane, że gwarant wymaga przedłożenia oryginału gwarancji, wówczas wadium złożone jedynie w formie kserokopii byłoby wadliwe i oferent podlegałby wykluczeniu. Zdaniem wykonawcy niezależnie od tego, czy do oferty złożono oryginał czy, jak twierdzi Zamawiający - fotokopię, forma dokumentu gwarancyjnego nie może być samodzielną przyczyną stwierdzenia, że wadium nie wniesiono. Nie było zatem podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Także zarzut Zamawiającego, iż rzekomy brak oryginału gwarancji powoduje niemożność zaspokojenia z gwarancji z uwagi na klauzulę mówiącą o tym, iż gwarancja wygasa z chwilą zwrotu oryginału gwarancji do banku, również nie może się ostać. Za wyrokiem KIO/UZP 235/10 stwierdził, że niewątpliwym jest, iż gwarancja bankowa funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako zabezpieczenie wierzytelności, a jej wystawienie związane jest z zawarciem lub zamiarem zawarcia umowy pomiędzy zleceniodawcą wystawienia gwarancji (Odwołującym) i uprawnionym z gwarancji (beneficjentem), w tym przypadku z Zamawiającym. To beneficjent określa istotne postanowienia gwarancji, która ma być wystawiona. Natomiast zleceniodawca wystawienia gwarancji zawiera umowę z bankiem, który zobowiązuje się do wystawienia gwarancji o treści odpowiadającej

wymaganiom beneficjenta, a zleceniodawca zobowiązuje się zwrócić sumę gwarancyjną w razie jej zapłacenia przez bank. Oznacza to, iż umowa zlecenia wystawienia gwarancji jest równoznaczna w sensie ekonomicznym z udzieleniem zleceniodawcy kredytu. Tak więc w takiej sytuacji powstaje charakterystyczny układ trzech wzajemnie ze sobą powiązanych stosunków prawnych, tj. stosunek prawny pomiędzy zleceniodawcą a beneficjentem określany mianem stosunku podstawowego, stosunek pomiędzy zleceniodawcą a bankiem - mianem stosunku zlecenia wystawienia, czy też udzielenia gwarancji oraz stosunek pomiędzy bankiem a beneficjentem określany mianem stosunku prawnego gwarancji bankowej. Istotnym dla przedmiotowego stanu faktycznego, a więc okolicznością pozostającą i mogącą pozostawać w sferze zainteresowań Zamawiającego jako beneficjenta gwarancji, jest jedynie gwarancja bankowa, a więc stosunek prawny powstały pomiędzy bankiem a Zamawiającym będącym jej beneficjentem. Zamawiający nie może bowiem ingerować w relacje zleceniodawcy wystawienia gwarancji i banku będącego jego wystawcą. Zamawiający (beneficjent) otrzymuje bowiem gwarancję (na skutek wniesienia wadium w tej właśnie postaci) w ściśle określonym celu, w celu zabezpieczenia jego interesów w przypadku wystąpienia okoliczności enumeratywnie wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja bankowa - zgodnie z art. 81 ustawy Prawo bankowe stanowi bowiem zobowiązanie do zapłaty sumy pieniężnej w razie spełnienia określonych warunków zapłaty. Treść przedmiotowej gwarancji determinowana jest więc treścią obowiązujących w tym zakresie przepisów, a przede wszystkim przepisów ustawy Pzp, dotyczących wadium. Niewątpliwym jest, iż w treści kwestionowanej gwarancji, w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości, jako jej beneficjenta wskazano Zamawiającego, na którego to pierwsze i pisemne żądanie bank (gwarant) zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie zapłacić beneficjentowi kwotę w wysokości wskazanej w gwarancji. W treści przedmiotowej gwarancji wskazano także okoliczności, na skutek zaistnienia których gwarancja wygasa całkowicie i automatycznie. Są to okoliczności odnoszące się wyłącznie do stosunku prawnego łączącego bank (gwaranta) z Zamawiającym (beneficjentem gwarancji). Nie można bowiem kwestionowanego punktu dotyczącego wygaśnięcia gwarancji odczytywać oddzielnie, a więc w oderwaniu od treści nie tylko całej gwarancji, ale i wszystkich okoliczności wskazanych jako skutkujących jej wygaśnięciem. Okoliczności te mogą być bowiem jedynie następstwem określonych działań Zamawiającego (beneficjenta gwarancji). Tak więc ustanie odpowiedzialności banku z tytułu gwarancji przed upływem terminu jej ważności w wyniku zwrotu jej oryginału do banku może nastąpić wyłącznie w wyniku działania Zamawiającego (beneficjenta gwarancji). Niemożliwym jest bowiem, a co wynika nie tylko z treści przedmiotowej gwarancji, ale i jej istoty, w tym stosunku prawnego łączącego Bank (gwaranta) z Zamawiającym (beneficjentem) ingerowanie w wynikające z niej zobowiązanie, oczywiście w okresie jej ważności, przez osobę trzecią (zleceniodawcę

gwarancji - Odwołującego). Czynności w niej wyspecyfikowanych, związanych z jej wygaśnięciem, w tym zwolnienia z ciężących na banku zobowiązań może dokonać jedynie jej beneficjent (Zamawiający). Niemożliwym jest więc dokonanie ich przez zleceniodawcę gwarancji. Twierdzenia Zamawiającego jakoby kwestionowany zapis powodował brak możliwości zaspokojenia z gwarancji są zatem nieuzasadnione. Skoro bowiem gwarancja bankowa jest umową zawieraną pomiędzy bankiem (gwarantem) a uprawnionym z gwarancji (beneficjentem) to wystąpienie określonych w niej okoliczności skutkujących wygaśnięciem gwarancji jest związane z czynnościami podjętymi wyłącznie przez beneficjenta gwarancji, gdyż „zwolnienie z długu i wygaśnięcie zobowiązania jest wyłącznie możliwe, gdy dokonuje tego wierzyciel” (art. 508 k.c). Takie wskazanie na przepis kodeksu cywilnego jest uprawnione z mocy art. 84 ustawy Prawo bankowe wskazującego, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Skoro zatem Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie może skutecznie scedować swoich uprawnień wierzyciela na inny podmiot, w tym przypadku na Odwołującego. Dopiero bowiem zwrócenie Odwołującemu gwarancji przez Zamawiającego usuwa faktycznie możliwość zaspokojenia Zamawiającego z gwarancji w sytuacji, gdyby owa gwarancja została przez Odwołującego do banku zwrócona. W obecnej sytuacji, nawet gdyby sugerowane przez Zamawiającego

zdarzenie, polegające na zwrocie oryginału gwarancji przez Odwołującego faktycznie nastąpiło, to w świetle art. 508 kc, nie mogłoby odnieść skutku dla możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z gwarancji. Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadcza, że nie zwrócił do Banku oryginału gwarancji, powołując jako dowód kopię pisma Banku Gwaranta z dnia 10 września 2010 r. adresowanego do Zamawiającego. Zdaniem wykonawcy ustalenie stanu faktycznego przez Zamawiającego, nastąpiło na skutek zastosowania nieprawidłowej wykładni prawa. Nie może zatem ostać się decyzja o wykluczeniu Odwołującego i unieważnieniu postępowania. Czynności Zamawiającego naruszyły przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów, doszło do naruszenia przepisów ustawy wskazanych w treści zarzutów i naruszenie to, ma istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wnoszący odwołanie wykonawca podał także, że interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku bowiem prawidłowego działania Zamawiającego, doszłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej przed rozprawą Zamawiający podtrzymał argumentację podaną w zawiadomieniu z dnia 31 sierpnia 2010 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i unieważnieniu przedmiotowego postępowania, podkreślając, że

kopii gwarancji nie przekazanie bankowej zamawiającemu stanowi przekazania oświadczenia woli banku wymaganej przepisami prawa. Ponownie wskazał na art. 81 ust. 2 - Prawo bankowe zgodnie z którym „udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje

6

na piśmie pod rygorem nieważności". Stwierdził także, że w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że jeżeli oświadczenie woli wymaga zachowania formy szczególnej [jak w tym przypadku], złożenie go innej osobie musi polegać na doręczeniu tej osobie właściwego nośnika oświadczenia. Jeżeli jest zatem wymagana forma pisemna, zamawiającemu powinna być przekazana nie kopia, lecz oryginał gwarancji bankowej. Wskazał także, że twierdzenie odwołującego się wykonawcy w zakresie możliwości zaspokojenia roszczeń z tytułu gwarancji bankowej bez posiadania jej oryginału nie znajduje potwierdzenia w treści samej kopii, która dysponuje zamawiający. W treści dokumentu znajduje się bowiem zastrzeżenie, że „z chwilą zwrotu Bankowi oryginału niniejszej gwarancji, nawet przed upływem terminu jej ważności, odpowiedzialność Banku wynikająca z niniejszej gwarancji ustaje." To zastrzeżenie – zdaniem wykonawcy - jednoznacznie przesądza, iż nawet gdyby uznać, iż kopia gwarancji bankowej może być wniesiona jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to ta klauzula jednoznacznie zwolni bank z obowiązku wypłaty kwoty wadialnej. Nie ma w tym przypadku znaczenia i bank w treści nie zastrzegł, kto ma dokonać zwrotu gwarancji. Wobec czego samo otrzymanie dokumentu, oryginału gwarancji od nieznanego, nieoznaczonego nadawcy zwolni bank z obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej za określone w gwarancji działania lub zaniechania zleceniodawcy w tym przypadku Odwołującego. Stwierdził także, że wygaśnięcie roszczeń z tytułu udzielonej gwarancji (wskutek wygaśnięcia samej gwarancji) w niniejszej sprawie - nastąpi nie tylko w okolicznościach wskazanych w art.46 ust.4a i 5 ustawy PZP, ale także gwarancja wygaśnie również w innych sytuacjach, które powodują wygaśnięcie innego typu zobowiązań (np. zwolnienie z długu, odnowienie). Skoro zatem zwrot do banku gwarancji bankowej oznacza wygaśnięcie roszczeń z tytułu takiej gwarancji to zamawiający przez cały okres związania ofertą nie będzie pewien czy taka oferta jest w dalszym ciągu zabezpieczona wadium. Oznacza to, że wadium wniesione w postaci kopii gwarancji bankowej nie zabezpiecza zamawiającego w sposób należyty i tym samym zamawiający był zobowiązany zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, wykluczyć wykonawcę, jeżeli ten nie wniósł 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. Dodatkowo wskazał na orzecznictwo KIO, które wyraziło podobnym poglądem, stwierdzając, że jeżeli Zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła na skutek „zwrotu gwarancji" (nie może być kwestionowane, że za „zwrot gwarancji" uważa się przekazanie oryginału gwarancji wystawcy gwarancji). Teoretycznie zatem jest możliwość skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji ubezpieczeniowej, którą nie dysponuje w oryginale [...] ale tylko o tyle, o ile Przystępujący nie zwrócił jej do ubezpieczyciela. Taka sytuacja jest hipotetyczna, jednak zaistnienie jej jest możliwe, w konsekwencji czego, wobec postanowienia zawartego w pkt 6 ppkt 1 gwarancji,

Zamawiający nie ma pewności, czy wadium zostało wniesione. Pewność tą zyskałby wyłącznie wówczas, gdyby przekazano mu oryginał gwarancji, lecz tego dokumentu, nie można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W kwestii przedstawienia przez Odwołującego oświadczenia BNP Paribas Fortis, iż na zlecenie Odwołującego została wystawiona gwarancja bankowa, Zamawiający nie kwestionował faktu, iż tenże bank nie wystawił takiej gwarancji, której kopia zawarta jest w ofercie Odwołującego, a jedynie fakt, iż taka kopia nie może być wniesiona jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie banku w tym zakresie jest bezprzedmiotowe i nie wnosi nic nowego do sprawy. W konkluzji Zamawiający stwierdził, iż powoływane przez odwołującego się orzecznictwo zespołu arbitrów oraz KIO dotyczy innych stanów prawnych i faktycznych.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem odwołania jest zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zarzut bezpodstawnego unieważnienia tego postępowania.

Rozpatrując zarzut wykluczenia wykonawcy z postępowania z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny.

W tym przypadku Izba ustaliła, że Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III. 1.1) oraz SIWZ (§ 8 ust. 1) wskazał, iż wymaga wniesienia wadium w wysokości 75.000,00 zł przed upływem terminu składania ofert. Zaś w § 8 ust. 4 SIWZ, Zamawiający określił dalsze warunki dotyczące wadium, m.in. że dokumenty wadium wnoszonego w formach określonych w ust. 2 pkt 2-5 (w tym gwarancja bankowa), muszą zostać złożone w oryginale. Z ustaleń wynika, że warunek ten nie budził wątpliwości wykonawcy, albowiem nie został skierowany do Zamawiającego wnioski o udzielenie wyjaśnień, a także wykonawca tego warunku nie kwestionował, w trybie określonym ustawą PZP. Izba ustaliła także, że wykonawca załączył do oferty fotokopię dokumentu gwarancji bankowej i żaden inny dokument wadialny dotyczący przedmiotowego postępowania nie został wniesiony przed upływem terminu składania ofert. Izba prowadząc postępowanie dowodowe – mając na względzie przepis art. 190 ust.7 ustawy PZP - stwierdziła, że dokument gwarancji bankowej jest fotokopią, opatrzoną oryginalną parafą wykonawcy, na której zaznaczono też

atramentem kolejny numer strony oferty. Powyższe zostało stwierdzone na podstawie dokumentu załączonego do oryginału oferty przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy, który co prawda opatrzony jest pieczęciami i podpisami w kolorze granatowym, lecz są one nieścieralne. Opierając się zatem na tych ustaleniach i mając na względzie własne przekonanie, a także doświadczenie życiowe Izba stwierdziła, że gwarancja bankowa załączona do oferty nie jest oryginałem dokumentu, lecz co najwyżej jego fotokopią. Izba zwraca także uwagę, iż zarzut nie przedłożenia gwarancji bankowej w oryginale nie był *de facto* kwestionowany przez wykonawcę w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania w powołaniu na art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP, Izba stwierdziła, że w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert Zamawiający otrzyma stosowny dokument, a zatem w chwili fizycznego wejścia przez Zamawiającego w posiadanie takiego dokumentu, a z jego treści wynikać będzie m.in. termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą. W przypadku wadium wnoszonego w formie niepieniężnej – tak jak w niniejszej sprawie w formie gwarancji bankowej - jest wyrażenie wprost w treści dokumentu ustanawiającego wadium oświadczenia o zobowiązaniu wypłaty na rzecz zamawiającego określonej kwoty pieniężnej w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych. Ponadto dla skuteczności

wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenie żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielenie gwarancji), a w przypadku gwarancji - dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego zamawiającemu. Zachowanie tych wymagań gwarantuje zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Tak jak wskazał Zamawiający w powiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zgodnie z art. 81 ust.2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 ze zm.), udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Stąd też takie zastrzeżenie, co do formy dokumentu wadialnego *expressis verbis* zostało wyrażone w specyfikacji. Izba stwierdziła także, że z treści przedłożonej kserokopii gwarancji wynika, że „z chwilą zwrotu Bankowi oryginału mniejszej gwarancji, nawet przed upływem terminu jej ważności, odpowiedzialność Banku wynikająca z niniejszej gwarancji ustaje”. Bank nie zaznaczył, iż taki zwrot dokumentu może być dokonany tylko przez zamawiającego. Izba nie podzieliła w tym przypadku także poglądu wykonawcy, iż skuteczny zwrot dokumentu gwarancyjnego przez wykonawcę dysponującego jego oryginałem nie spowoduje ustania odpowiedzialności banku wynikającego z gwarancji bankowej. Izba zwraca bowiem uwagę, iż w związku z powołanym art. 81 ust.2 ustawy

9

Prawo bankowe oraz poglądami doktryny wskazywany przez odwołującego się wykonawcę układ trzech wzajemnie ze sobą powiązanych stosunków prawnych, tj. stosunek prawny pomiędzy zleceniodawcą a beneficjentem oraz stosunek pomiędzy zleceniodawcą [wykonawcą] a bankiem oraz stosunek pomiędzy bankiem a beneficjentem [zamawiającym], powstaje dopiero wówczas gdy w wykonaniu zawartej umowy zlecenia bank przesyła do beneficjenta tzw. list gwarancyjny, informujący o udzieleniu gwarancji i jego warunkach. Potwierdzenie to zgodnie ze wskazywanym art. 81 ust.2 ustawy - Prawo bankowe, podobnie jak dla czynności udzielenia gwarancji bankowej, wymaga bezwzględnie formy pisemnej. Zatem w rozpatrywanej sprawie, wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej to nic innego, jak doręczenie zamawiającemu (beneficjentowi) oryginału dokumentu gwarancji bankowej. Zamawiający - według ustaleń Izby dokonanych w toku rozprawy - nie jest dysponentem takiego dokumentu. Co prawda, wykonawca przedłożył do odwołania kserokopię pisma banku wystawiającego gwarancję z dnia 10 września 2010 r. informujące o udzielonej gwarancji bankowej, jednakże dysponentem - tego pisma w oryginale - w terminie składania ofert - nie był zamawiający. Także nie był w posiadaniu oryginału tego dokumentu w toku rozprawy, mimo że pismo to było adresowane do Zamawiającego. Izba zauważa także, że w piśmie tym bank potwierdza wydanie dokumentu gwarancji bankowej w oryginale a nie w formie fotokopii. Zatem konsekwencją niedostarczenia przez wykonawcę przed upływem terminu składania ofert, oryginału gwarancji bankowej skutkuje uznaniem, że wadium nie zostało wniesione i tym samym ma zastosowanie przepis art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że wadium nie stanowi treści oferty, ani też nie należy do katalogu dokumentów, które można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy lub wyjaśnić zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy PZP. Jednocześnie Izba stwierdza, że także w przypadku orzeczeń wydawanych przez KIO wiążą one w sprawach których dotyczą. Na marginesie Izba dodatkowo zwraca uwagę, że orzeczenie które powołano w odwołaniu dotyczy sytuacji, w której zamawiający zezwolił na przedłożenie w ofercie kopii gwarancji, ale jednocześnie wymagał oryginału gwarancji, który miał być zdeponowany w kasie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, w innej zaś sprawie - spór dotyczył gwarancji ubezpieczeniowej.

Mając na względzie ustalenia w zakresie przepisu art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP, tym samym zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 w zw. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP - w tym stanie faktycznym - Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nie zasadny. Przedmiotowe postępowanie należało bowiem unieważnić, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Do wyznaczonego terminu składania ofert, wpłynęła jedynie oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECORYS Polska

10

sp. z o.o. i Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, który to wykonawca został wykluczony z postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący

.....

11

.....

12