Sygn. akt: KIO 1945 /11

WYROK
z dnia 21 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2011 r. przez wykonawcę **Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KOBNEXT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A** w prowadzonym przez postępowaniu **Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jacka Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowego Eko-Inwestycje Jacek Kowalczyk z siedzibą w Częstochowie, ul. Ciasna 9 i Drog-Bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1945/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KOBNEXT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KOBNEXT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A,**
2. kosztami postępowania obciąża **Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kompleksowa Obsługa**

Budownictwa „KOBNEXT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1** na rzecz **Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KOBNEXT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A** kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Częstochowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1945/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Stacjonarnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy Częstochowskim

Przedsiębiorstwie Komunalnych Sp. z o. o. w Sobuczynie zostało wszczęte przez zamawiającego Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.07.2011 r. pod nr 2011-197521.
W dniu 5 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania tj. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jacka Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowego Eko-Inwestycje Jacek Kowalczyk z siedzibą w Częstochowie, ul. Ciasna 9 i Drog-Bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90 oraz o wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Kompleksowa Obsługa Budownictwa „Kobnext" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A i odrzuceniu jego oferty.
W dniu 9 września 2011r. na powyższe czynności odwołanie wniósł wykonawca Kompleksowa Obsługa Budownictwa „Kobnext" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A – zwany dalej odwołującym, zarzucając zamawiającemu naruszenie
a) art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium wymaganego przez zamawiającego, o którym mowa w art. 45 ust 2 ustawy oraz w pkt 8 ppkt 3 SIWZ, podczas gdy odwołujący przedłożył zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot na kwotę 50.000,00 złotych, dotyczącą prowadzonego przez zamawiającego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Stacjonarnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy Częstochowskim Przedsiębiorstwie Komunalnych Sp. z o. o. w Sobuczynie, a tym samym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego,
b) art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy poprzez stwierdzenie, iż brak w treści gwarancji przedstawionej przez odwołującego stwierdzenia, iż „zapłata nastąpi w związku z jego działaniem lub zaniechaniem i to będzie stanowiło podstawę do realizacji gwarancji" oraz że „przedłożona gwarancja jest samodzielnym oświadczeniem gwaranta nie zawierającym jednak przyjęcia odpowiedzialności za jakikolwiek podmiot trzeci", podczas gdy przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami nie uzależniają zatrzymania przez zamawiającego wadium od działania lub zaniechania

wykonawcy - tu odwołującego ani też nie wskazują, jaką treść winna mieć gwarancja, by mogła stanowić wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego; powyższego nie wskazuje także treść SIWZ opracowana przez zamawiającego, która w swej treści nie zawiera żadnych innych elementów niż wymagane przez ustawę Prawo zamówień publicznych,
c) art. 7 ust 1 ustawy poprzez wykluczenie, a następnie odrzucenie oferty odwołującego bez jej badania i oceny na podstawie niewłaściwych ustaleń sprzecznych z ustawą, przez co naruszona została przez zamawiającego zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe EKO - INWESTYCJE Jacek Kowalczyk z siedzibą w Częstochowie przy ul. Ciasnej 9, dokonania ponownej oceny i badania ofert, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000038576 z dnia 27 lipca 2011 roku oraz pisma z ERGO Hestia z dnia 07 września 2011 roku na okoliczność spełnienia przez nią wymagań dla wadium wskazanych w ustawie oraz potwierdzenia prawidłowego wniesienia wadium w postępowaniu prowadzącym przez zamawiającego oraz o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu i został w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ww. ustawy narażony na poniesienie szkody przejawiającej się w utracie korzyści, jakie uzyskałby wykonując zamówienie. Wykluczenie odwołującego i w konsekwencji odrzucenie jego oferty uniemożliwiło mu ubieganie się o udzielenie wskazanego wyżej zamówienia. W uzasadnieniu wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną niestypizowaną a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, powołał się także na definicję gwarancji bankowej uregulowana w art.

81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Natomiast gwarancja wadialna określona w ustawie „winna zawierać minimalną treść, do której należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy", „nieodwołalny", a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie " lub też wywiedzenie tych reguł, z samej niewątpliwej treści gwarancji". W ocenie odwołującego złożona przez niego gwarancja ubezpieczeniowa te wymogi spełnia. W gwarancji ubezpieczeniowej wskazano gwaranta - Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia SA w Sopocie, wykonawcę - Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KOBNEXT" Sp. z o.o. w Częstochowie oraz zamawiającego (beneficjenta gwarancji) - Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Sobuczynie, wskazano nazwę postępowania przetargowego - Budowa Stacjonarnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy Częstochowskim Przedsiębiorstwie Komunalnym Sp. z o.o. w Sobuczynie oraz

---

zawarto jednostronne zobowiązanie Gwaranta, iż podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu wymaganej kwoty po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, a jedynie powołania się na zaistnienie co najmniej jednego z ustawowych warunków zatrzymania wadium. Wskazano także właściwy okres ważności umowy zabezpieczającej. Tym samym, według odwołującego, zostały wypełnione wszystkie wymagania warunkujące ważności wadium, a złożona przez odwołującego oferta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy. Zamawiający jednak uznał dokument gwarancji za wadliwy i wskazał, że „w przedmiotowej gwarancji brak jest stwierdzenia, iż gwarant działa na zlecenie oferenta lub zapłata nastąpi w związku z działaniem lub zaniechaniem i to będzie stanowiło podstawę do realizacji gwarancji. Takowym stwierdzeniem nie może być sformułowanie „Ponieważ ... niniejszym podajemy do wiadomości, że: „ ponieważ z treści tego sformułowania wynika, iż firma Oferenta złożyła stosowną ofertę. Przedłożona gwarancja jest samodzielnym oświadczeniem gwaranta nie zawierającym jednak przyjęcia odpowiedzialności za jakikolwiek podmiot trzeci".
Odwołujący podniósł, że żaden przepis prawa nie nakłada obowiązku wskazania zleceniodawcy gwaranta w treści dokumentu gwarancji, ani nie warunkuje ważności i skuteczności gwarancji od zawarcia tam takiej informacji. Taki wymóg, choć daleko idący i nieuzasadniony, mógłby ewentualnie zostać wprowadzony do SIWZ w ramach ustalonego przez zamawiającego opisu wymaganej treści gwarancji. Zamawiający w niniejszej sprawie nie zawarł w SIWZ żadnych postanowień dotyczących treści gwarancji wadialnej. Okoliczność, kto jest zleceniodawcą i czy jest nim oferent nie ma dla ważności gwarancji i należytego zabezpieczenia interesu zamawiającego żadnego znaczenia. Trudno wymagać wskazania w treści gwarancji podmiotu zlecającego jej udzielenie, kiedy jej treść wyraźnie wskazuje, którego wykonawcy dotyczy gwarancja, a wskazanie tej okoliczności jest dla przetargu jedynie istotne i wystarczające. Odwołujący podkreślił samodzielny i nieakcesoryjny charakter gwarancji, a tym samym brak znaczenia, dla ważności i skuteczności gwarancji, treści stosunku prawnego pomiędzy zlecającym, a gwarantem. Opatrzenie gwarancji klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz „na pierwsze żądanie" według odwołującego oznacza, że niedopuszczalne jest skuteczne powoływanie się przez ubezpieczyciela na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona . Treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Na marginesie odwołujący wskazał, iż gwarancja została wystawiona na zlecenie Odwołującego i na jego zlecenie działa gwarant, co można wynieść z treści dokumentu gwarancji, a znajduje potwierdzenie w piśmie z ERGO Hestia z dnia 07 września 2011 roku. Podniósł także, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, ustawa w żadnym wypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania wykonawcy, a od zaistnienia wskazanych w niej okoliczności, których przyczyny leżą po stronie wykonawcy. Jako przykład odwołujący wskazał treść art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdzie według odwołującego użycie sformułowania - powołania się na działanie lub zaniechanie oferenta mogłoby prowadzić do zawężenia odpowiedzialności gwaranta. Powołał się na

---

wyrok Izby z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2764/10 i wskazał, że w tym wyroku Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż ustawa w art. 45 ust. 5 pkt 3 nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania wykonawcy. W ocenie Izby, nie dopuszczalne jest zawężenie przesłanek zatrzymania gwarancji w stosunku do przesłanek ustawowych jedynie do przypadków, w których to działania wykonawcy doprowadziły do sytuacji, że zawarcie umowy staje się niemożliwe. Zdaniem Izby, przyczyną nie zawarcia umowy, „niespowodowaną" przez wykonawcę, może być (przykładowo rzecz ujmując), wycofanie się z realizacji zamówienia i złożonego wcześniej zobowiązania przez inne podmioty, których udział w realizacji zamówienia ustawa Pzp dopuszcza na zasadach określonych

przepisem art. 26 ust. 2b, lub przez wskazanych podwykonawców. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 21 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 814/10, w wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1180/10.
Skoro gwarancja złożona przez odwołującego do przedmiotowej sprawy zawiera generalną klauzulę odwołującą się w ogólności do ustawy, to według odwołującego, należy uznać, iż daje ona możliwość żądania przez zamawiającego zapłaty oznaczonej nią kwoty we wszystkich przypadkach, o których stanowią przepisy ustawy. Odwołujący stwierdził, że ostatni z argumentów zamawiającego, co do wadliwości gwarancji ubezpieczeniowej także jest chybiony, bo oświadczenie woli należy tłumaczyć z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, co potwierdza orzecznictwo Izby - wyrok z 25 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 826/08. Nie można zatem, w ocenie odwołującego, oceniać zobowiązania gwaranta w oderwaniu od pozostałej części treści gwarancji, tj. wskazania czyjej oferty dotyczy gwarancja ubezpieczeniowa i jakiego przetargu, a co za tym idzie jakiego konkretnie wadium dotyczy gwarancja. Ponadto uzupełnieniem treści samej gwarancji jest treść przepisów ustawy regulujących warunki zatrzymania wadium, na które to przepisy gwarant powołuje się wyraźnie treści gwarancji. Treść ww. gwarancji i ustawy wzajemnie się uzupełniają, zatem należy postrzegać je łącznie. Przyjęcie odpowiedzialności niejako za podmiot trzeci, wynika z wyraźnego powołania się w treści gwarancji na przepisy ustawy dotyczące warunków zatrzymania wadium (tj. art. 46 ust. 4a i 5). Wskazał, że obawy zamawiającego co do możliwości odmowy realizacji gwarancji przez gwaranta są nieuzasadnione, skoro przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest nawet wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy, ale złożenie przez zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły. Wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo złożenia ważnej i prawidłowej gwarancji ubezpieczeniowej narusza także przepis art. 7 ust 1 ustawy , gdyż równe traktowanie winno odnosić się zarówno do aspektu formalnego, jak i merytorycznego, czyli oceny złożonych ofert według tych samych kryteriów. Wykluczenie, a następnie odrzucenie oferty odwołującego bez jej badania i oceny na podstawie niewłaściwych ustaleń sprzecznych z ustawą ograniczyło możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji łącznej,

zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 września 2011r.
W dniu 9 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię, oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 12 września 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jacka Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowego Eko-Inwestycje Jacek Kowalczyk z siedzibą w Częstochowie, ul. Ciasna 9 i Drog-Bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90 – zwani dalej przystępującym. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a uwzględnienie odwołania może pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa dalszego z dnia 12 września 2011r. udzielonego przez radcę prawnego Dariusza Ćwika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 września 2011r. upoważniającego do udzielania dalszych pełnomocnictw i udzielonego przez Jacka Kowalczyka działającego w imieniu własnym oraz w imieniu Drog-Bud sp. z o.o. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2011r. ustanawiającego Jacka Kowalczyka Liderem Konsorcjum i udzielonego przez obu partnerów konsorcjum i podpisanego przez lidera, zgodnie z zaświadczeniem z EDG oraz partnera – dwóch członków zarządu partnera ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji łącznej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 12 września 2011r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany tego ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wynikach postępowania i protokołu postępowania a także z pisma ERGO HESTIA S.A. z dnia 7 września 2011r.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Zamawiający wymagania dotyczące wadium wprowadził do sekcji III pkt 1) ogłoszenia. Zamawiający wymagał wadium w wysokości 50 tys. zł. Miało być ono wniesione przed upływem terminu do składania ofert. Wskazano, że w przypadku wpłaty przelewem decyduje data wpływu na konto bankowe zamawiającego. Zamawiający wskazał formy wniesienia wadium zgodne z 45 ust. 6 ustawy. Podał swój rachunek bankowy i zastrzegł, że w przypadku wnoszenia wadium w formie innej niż pieniężna, dowód wniesienia w oryginale należy złożyć w sekretariacie zamawiającego, a kopię załączyć do oferty. Wskazał, że zwrotu wadium będzie dokonywał zgodnie z art. 46 ustawy. Analogiczne postanowienia znalazły się w 8 rozdziale siwz. Termin składania ofert, zgodnie ze

zmianą ogłoszenia o zamówieniu upłynął w dniu 17 sierpnia 2011r.
Do zamawiającego złożono oryginał gwarancji ubezpieczeniowej nr 28000038576 z dnia 27 lipca 2011r. W treści gwarancji wskazano, że ponieważ Kompleksowa Obsługa Budownictwa „Kobnext" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Krótka 27A składa ofertę na budowę Stacjonarnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy Częstochowskim Przedsiębiorstwie Komunalnym sp. z o.o. w Sobuszynie podano do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. (Gwarant) jest zobowiązane wobec Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w kwocie 50 000zł., które gwarant zobowiązuje się zapłacić zamawiającego, co potwierdził tym pismem. Gwarant oświadczył także, iż podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacić zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnienie, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Gwarancja jest ważna od dnia 17.08.2011r. do dnia 17.09.2011r. włącznie. Wszelkie roszczenia odnośnie tej gwarancji gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.
Z pisma Ergo Hestia S.A. z dnia 7 września 2011r. wynika, że wyżej wskazana gwarancja została wystawiona zgodnie z wnioskiem odwołującego i odpowiada treści ogłoszenia o zamówieniu nr 06/2011. Gwarant przywołał obszernie treść gwarancji i stwierdził, że ponosi odpowiedzialność wobec zamawiającego z tytułu gwarancji zapłaty wadium w sytuacjach wskazanych w tej gwarancji w związku z tym, że odwołujący składa ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Z uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji o wyniku postępowania w odniesieniu do oferty odwołującego wynika, że według zamawiającego gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa, bo brak w niej stwierdzenia, że gwarant działa na zlecenie oferenta lub, że zapłata nastąpi w związku z jego działaniem lub zaniechaniem i to będzie stanowiło podstawę do realizacji gwarancji. Takim sformułowaniem nie może być w ocenie zamawiającego „ponieważ … niniejszym podajemy do wiadomości, że : „, bo z treści tego sformułowania wynika, że oferent złożył ofertę. Zamawiający uważa, że gwarancja nie zawiera odpowiedzialności za podmiot trzeci i że nie określa w sposób jasny i wyraźny uprawnień zamawiającego, co może stanowić podstawę odmowy jej realizacji. Według zamawiającego odwołujący nie wniósł wymaganego wadium i dlatego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy należało go wykluczyć, a jego ofertę odrzucić.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 4 182 000zł. brutto, w wykonawca wybrany za cenę 4 289 010zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby nie został wykluczony z postępowania, miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Może także ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki założył z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium wymaganego przez zamawiającego, o którym mowa w art. 45 ust 2 ustawy oraz w pkt 8 ppkt 3 SIWZ, podczas gdy odwołujący przedłożył

zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot na kwotę 50.000,00 złotych, dotyczącą prowadzonego przez zamawiającego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Stacjonarnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy Częstochowskim Przedsiębiorstwie Komunalnych Sp. z o. o. w Sobuczynie, a tym samym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy poprzez stwierdzenie, iż brak w treści gwarancji przedstawionej przez odwołującego stwierdzenia, iż „zapłata nastąpi w związku z jego działaniem lub zaniechaniem i to będzie stanowiło podstawę do realizacji gwarancji" oraz że „przedłożona gwarancja jest samodzielnym oświadczeniem gwaranta nie zawierającym jednak przyjęcia odpowiedzialności za jakikolwiek podmiot trzeci", podczas gdy przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami nie uzależniają zatrzymania przez zamawiającego wadium od działania lub zaniechania wykonawcy - tu odwołującego ani też nie wskazują, jaką treść winna mieć gwarancja, by mogła stanowić wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego; powyższego nie wskazuje także treść SIWZ opracowana przez zamawiającego, która w swej treści nie zawiera żadnych innych elementów niż wymagane przez ustawę Prawo zamówień publicznych w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Ustawodawca w ustawie nie zawarł przepisów regulujących treść gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej udzielanych na potrzeby zabezpieczenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Essentialia negotii umowy gwarancyjnej nie zostały także uregulowane w ustawie Kodeks cywilny, do której ustawa odsyła przez art. 14 kc. Nie ma także legalnej definicji gwarancji ubezpieczeniowej. Jedyna definicja ustawowa na podstawie, której można analizować treść umowy gwarancji, została zawarta w art. 81 ustawy Prawo bankowe.

Zgodnie z tym przepisem 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. Ustawodawca wskazał także, iż udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Z art. 81 ustawy Prawo Bankowe wynikają zatem następujące elementy, które powinny znaleźć się w umowie gwarancyjnej :

- określenie banku gwaranta,
- określenie beneficjenta gwarancji,
- zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia pieniężnego,
- określenie warunków zapłaty, jakich musi dopełnić beneficjent gwarancji, aby gwarant zobowiązany był do wykonania świadczenia pieniężnego,
- termin ważność zobowiązania gwaranta.

Brak jest w essentialia negotii umowy gwarancji bankowej obowiązku wskazania zleceniodawcy – dłużnika beneficjenta gwarancji, obowiązku złożenia oświadczenia o przyjęciu odpowiedzialności za zleceniodawcę. Wynika to przede wszystkim z charakteru prawnego gwarancji jako umowy samodzielnej, nieakcesoryjnej i ponadto abstrakcyjnej. Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami : „bezwarunkowo”, „nieodwołalnie”, „na pierwsze żądanie” kreuje abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. Oczywistym jest, że przyczyną udzielenia gwarancji jest umowa zlecenia zawarta pomiędzy bankiem, a zleceniodawcą gwarancji, jednakże sama umowa gwarancji nie musi odwoływać się do umowy zlecenia. Z chwilą udzielenia gwarancji powstaje samodzielnie zobowiązanie banku – gwaranta wobec beneficjenta gwarancji. Zobowiązanie to, jak słusznie zauważył na rozprawie odwołujący, nie jest objęte regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dotyczy stosunku prawnego pomiędzy gwarantem (bankiem, zakładem ubezpieczeń), a beneficjentem gwarancji (zamawiającym), podczas gdy ustawa Pzp reguluje stosunki prawne pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, względnie wykonawcami. Wskazanie zleceniodawcy czy zawartej umowy zlecenia ma znaczenie informacyjne, dookreślające, precyzujące okoliczności (warunki), w których beneficjent gwarancji może wystąpić z żądaniem zapłaty. Brak w

ogóle wskazania podmiotu zlecającego przy ogólnym wskazaniu sytuacji, za które gwarant

odpowiada, mógłby rodzić ten skutek, że gwarant odpowiadałby za każde wymienione w gwarancji zdarzenie, niezależnie od podmiotu, który to zdarzenie spowodował. W szczególności nie można wykluczyć sytuacji, w której zleceniodawca nie pokrywa się z dłużnikiem beneficjenta gwarancji, wówczas wskazywanie zleceniodawcy dla możliwości dochodzenie roszczeń z tytułu gwarancji wadialnej byłoby irrelewantne. Izba uznaje natomiast za zasadne twierdzenie zamawiającego, że z treści gwarancji powinno wynikać konkretne i jednoznaczne określenie warunków, w których beneficjent gwarancji może wystąpić z żądaniem do gwaranta. To konkretne i jednoznaczne oznaczenie warunków powinno określać sytuacje wskazane w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz definiować wykonawcę, o którym jest mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. W ocenie Izby przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa spełnia wymogi prawa, jakie zostały przewidziane zarówno w ustawie Prawo Bankowe – oczywiście stosując tu jedynie analogię do instytucji gwarancji bankowej, wobec braku legalnej definicji gwarancji ubezpieczeniowej, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych.
W gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez odwołującego zawarto :
- wskazanie gwaranta - Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.,
- wskazanie beneficjenta - Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o.,
- zobowiązanie gwaranta do spełnienia świadczenia pieniężnego - gwarant jest zobowiązany wobec beneficjenta w kwocie 50 000zł., które gwarant zobowiązuje się zapłacić zamawiającemu,
- warunki, jakie musi spełnić beneficjent w celu uzyskania świadczenia z gwarancji – kierować do gwaranta pisemne żądanie, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnienie, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych,
- okres ważności zobowiązania gwaranta - od dnia 17.08.2011r. do dnia 17.09.2011r. włącznie.
Essentialia negotii umowy gwarancji zostały wypełnione, a dodatkowo wskazano, że jest to gwarancja nieodwołalna i bezwarunkowa, a także na pierwsze żądanie. Warunki wypłaty świadczenie gwarancji zostały w tej gwarancji skonkretyzowane poprzez określenie, kto jest w rozumieniu tej gwarancji wykonawcą czyli Kompleksowa Obsługa Budownictwa „KobNext" sp. z o.o. cytując „(dalej zwany „Wykonawcą"). Przepisy art. 46 ust 4 a i 5 wskazują na następujące warunki zatrzymania wadium:

1. jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,

2. jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
   a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
   b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
   c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zatem skoro zakład ubezpieczeń – gwarant podał, kto według gwaranta jest wykonawcą, to w ocenie Izby nie może budzić wątpliwości, że gwarancja wadialna odwołującego zabezpiecza wszystkie wymienione w ustawie PZP przesłanki zatrzymania wadium, o ile zamawiający uzna za konieczne zatrzymanie wadium odwołującemu.
W celu skonkretyzowania okoliczności, których zaistnienie uprawnia zamawiającego do wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty podano informacyjnie, że gwarancja jest udzielana w związku z tym, że odwołujący składa ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne określonym poprzez wskazanie pełnej nazwy postępowania. W ocenie Izby pozwala to na ustalenie, że gwarant ponosi odpowiedzialność za działania odwołującego, których zaistnienie na gruncie ustawy, w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, skutkuje zatrzymaniem wadium. W ocenie Izby obawy zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji są nieuzasadnione, a treść gwarancji jest jasna i nie budzi wątpliwości. W ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy. Co do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Izba uznała, że zamawiający wymóg wskazania czynności i zaniechań wykonawcy i przyjęcia

odpowiedzialności przez gwaranta za podmiot trzeci wywodził raczej z błędu, co do charakteru prawnego gwarancji, niż z błędnej interpretacji art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy. Zamawiający oczekiwał wskazania, że gwarant działa na zlecenie odwołującego i za jego działania wskazane w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy ponosi odpowiedzialność i stąd w uzasadnieniu wykluczenia pojawiło się stanowisko zamawiającego, że gwarant powinien się zobowiązywać do odpowiedzialności za działania i zaniechania wykonawcy. Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie oczekiwał rozszerzenia katalogu warunków, których zaistnienie spowoduje uprawnienie zamawiającego do wystąpienia z żądaniem, ale oczekiwał, że istniejące ustawowe warunki, będą skonkretyzowane poprzez wskazanie, że chodzi tu o warunki zaistniałe z przyczyn wykonawcy – odwołującego. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a błędnie ocenił charakter gwarancji jako umowy samodzielnej, a także pominął, że wykonawca z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy został w tej gwarancji konkretyzowany poprzez wskazanie, kogo na potrzeby gwarancji nazywa się wykonawcą.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na postawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 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).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego skład orzekający Izby nie orzekł, mimo złożonego wniosku na rozprawie, gdyż na podstawie § 3 pkt 2 lit. b 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), Izba może zasądzić zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika pod warunkiem przedstawienia rachunków. Rachunku odwołujący nie złożył, stąd nie było podstaw do zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący ……..