

WYROK
z dnia 18 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie, 41 – 500 Chorzów, ul. gen. Henryka Dąbrowskiego 45**,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie części pierwszej zamówienia unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wnoszącego odwołanie Telekomunikacja Polska S.A. z Warszawy i nakazuje ponowne badanie oraz ocenę ofert z udziałem oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie, 41 – 500 Chorzów, ul. gen. Henryka Dąbrowskiego 45** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie, 41 – 500 Chorzów, ul. gen. Henryka Dąbrowskiego 45** na rzecz wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A., 00 – 105 Warszawa, ul. Twarda 18** kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1312/13 Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dzierżawa łączy światłowodowych dla potrzeb transmisji danych pomiędzy dwiema lokalnymi sieciami LAN.” Zdaniem Odwołującego - Telekomunikacja Polska S.A. w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie bezpodstawnie wykluczył wykonawcę z postępowania, uznając, że ten nie wniósł wadium. Podał również, że Odwołujący, jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem na skutek niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego może ponieść szkodę. Odwołujący utracił możliwość uzyskania części pierwszej przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert (cena - 100%),

uzyskałby, gdyby Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił wniesione przez niego wadium. Zamawiającemu zarzucił naruszenie. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp [bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania ze względu na niewniesienie wadium przed terminem składania ofert, ze względu na niezgodność gwarancji bankowej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja”, „siwz”). Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz przeprowadzenie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Podał również, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej, posiada, bowiem jako wykonawca interes - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - w uzyskaniu zamówienia, a na skutek niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego może ponieść szkodę. Podkreślił, że w wyniku bezpodstawnego wykluczenia z postępowania (...) Odwołujący utracił możliwość uzyskania części pierwszej przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert (cena - 100%), uzyskałby, gdyby Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił wniesione przez niego wadium. W uzasadnieniu podał, że dnia 29 maja 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z części I postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, ze względu na „nie

3

spełniania wymogu specyfikacji wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia część 1 pkt H. 1 ppkt 8 w związku z pkt H.1 ppkt 1 tj. wadium wniesione w formie gwarancji wadialnej nr 686/2013/FIN zawiera dodatkowe wymagania wobec Zamawiającego". Czynność Zamawiającego należy uznać za niezgodną z ustawą. Jego zdaniem wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło na podstawie nieznannej ustawie Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca wskazał w art. 24 ustawy Pzp zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, wykonawca może zostać wykluczony z postępowania, gdy nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Nie ma możliwości wykluczenia wykonawcy z powodu niezgodności gwarancji wadialnej z siwz. Wadium może być rozpatrywane jedynie pod względem skuteczności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego. Oferta w części merytorycznej może być niezgodna ze specyfikacją, co stanowi jedną z podstaw jej odrzucenia (zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), natomiast wadium, o ile zabezpiecza dochodzenie roszczeń przez Zamawiającego, jest skuteczne i nie może zostać uznane za niewniesione przed upływem terminu składania ofert. Załączona do oferty gwarancja była prawidłowa, czego nie kwestionował Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zaznaczył, że przyjęcie poglądu Zamawiającego pozwalałoby dowolnie modyfikować przesłanki wykluczenia z postępowania, co nie tylko godziłoby zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz także podważało sens wskazywania przez ustawodawcę katalogu podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podniósł również, że ustawa Pzp nie określa szczególnych wymagań dotyczących gwarancji bankowej, składanej, jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd prawidłowość gwarancji należy oceniać na podstawie przepisów ustawy Prawo bankowe. Zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego „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". Z istoty gwarancji wynika, zatem, że forma przekazania żądania zapłaty musi zostać określona w dokumencie gwarancji przez bank - gwaranta. Nie jest możliwe wystawienie gwarancji bankowej zupełnie bez

4

określenia wymagań, co do formy przekazania żądania zapłaty. Stwierdził również, że określenie jakiegokolwiek formy przekazania żądania zapłaty, w tym również

przekazanie w formie ustnej, faksowej, czy mailowej, stanowiłoby dodatkowe wymaganie formalne względem Zamawiającego. Prowadzi to do wniosku, że przyjęcie stanowiska Zamawiającego praktycznie wykluczyłoby możliwość złożenia wadium w formie innej niż pieniężna, co jest niezgodne z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancja była by nie możliwa do zrealizowania, ze względu na brak możliwości przekazania żądania zapłaty. Zaznaczył, że z abstrakcyjnym charakterem gwarancji wiąże się konieczność potwierdzenia tożsamości osób przekazujących żądanie zapłaty. W przeciwnym przypadku mogłoby dojść do zrealizowania gwarancji przez przypadkową osobę. Stąd wymaganie, aby żądanie zapłaty zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania beneficjenta zabezpiecza zarówno interes Zamawiającego jak i banku. Powołał się na orzecznictwo KIO, w którym wskazuje się, że „Jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc, nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej, jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), a

5

także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane, jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie, jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym które zostać zakresie wyrażonych w siwz, mogą zakwalifikowane najwyżej, jako instrukcyjne". Stwierdził dodatkowo, że nie jest uzasadnione stwierdzenie, że gwarancja nie spełniała wymagań określonych w siwz. Zgodnie z postanowieniem części 1 pkt H.1 ppkt 8 siwz, Zamawiający wymagał, aby gwarancja nie zawierała żadnych dodatkowych wymagań wobec Zamawiającego, np. żądania pośrednictwa banku Zamawiającego lub innej tego typu instytucji przy przekazaniu żądania zapłaty. Treść gwarancji bankowej nr 686/2013/FIN została dostosowana do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiotowym postępowaniu i różniła się od standardowej gwarancji składanej w innych postępowaniach. Gwarancja bankowa przewidywała dwie alternatywne możliwości przesłania żądania zapłaty, albo za pośrednictwem banku, albo też bezpośrednio przez Zamawiającego poprzez przesłanie kopii stosownych dokumentów potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego. Stąd wypływa wniosek, że w gwarancji nie przewidziano dodatkowych wymogów względem Zamawiającego, a jedynie określono sposób przekazania żądania zapłaty. Zgodnie z treścią gwarancji Zamawiający mógł bowiem przekazać żądanie bezpośrednio.

Zatem gwarancja powinna być oceniana pod względem skuteczności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego, a nie zgodności z siwz, a złożona wraz z ofertą gwarancja wadialna zapewniała zabezpieczenie roszczeń, wynikających z wadium i tym samym Odwołujący złożył wadium przed terminem składania ofert, a więc nie zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, jak również gwarancja była zgodna ze specyfikacją.

6

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że wypłata Zamawiającemu sumy gwarancyjnej uzależniona jest od spełnienia dodatkowych warunków tj. Zamawiający został zobowiązany do złożenia oświadczenia, iż Wykonawca nic udowodnił, że nie zastosowanie się przez niego do wezwania Zamawiającego było spowodowane przyczynami nieleżącymi po stronie Wykonawcy. Kolejnym warunkiem jest sposób dostarczenia żądania zapłaty. Zgodnie z zapisem gwarancji żądanie zapłaty może być dostarczone: do Banku za pośrednictwem banku Zamawiającego, który powinien potwierdzić, że podpisy złożone pod żądaniem, zapłaty są zgodne ze wzorami podpisów przechowywanymi w banku i należą do osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego w zakresie składania oświadczeń woli, dotyczących jego praw majątkowych albo do Banku wraz z kserokopiami dokumentów prawnych, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego potwierdzających, że osoby podpisane pod żądaniem zapłaty są uprawnione do składania oświadczeń woli, dotyczących praw majątkowych Zamawiającego, wraz z kserokopią notarialnie potwierdzonych wzorów podpisów tych osób, poświadczonych za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego. Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium załączonego do oferty złożonej przez Wykonawcę stwierdził, iż powyższe zapisy są ściśle związane z wypłatą kwoty na jaką opiewa gwarancja, warunkując ją. Zamawiający oceniając prawidłowość gwarancji opiera się na treści samego dokumentu potwierdzającego jego wniesienie w którym jasno określono zakres odpowiedzialności gwaranta i jego warunki. W związku z czym Zamawiający uznał, iż ten rodzaj gwarancji nie stanowi gwarancji wadialnej bezwarunkowej - wniesione wadium nic zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Gwarancja jest gwarancją bezwarunkową, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania, gdyż jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką właśnie wypłatę. Również powołał się na orzecznictwo KIO podkreślając w konkluzji, że wadliwy dokument gwarancji nic podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 tej ustawy, gdyż gwarancja nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

7

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak stwierdziła Izba odwołanie zostało wniesione wobec czynności bezpodstawnego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wnoszącego odwołanie wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie części pierwszej dotyczącej dzierżawy łączu światłowodowego w relacji: ZUS Częstochowa ul. Dąbrowskiego 43/48 - ZUS Częstochowa ul. Okólna 17/19. Skutkiem tego, zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszył art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp, albowiem przedmiotem tego zamówienia jest usługa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od

których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot i Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Izba miała również na uwadze dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą **kontradyktoryjności**, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. W

8

niniejszej sprawie Izba miała również na uwadze art. 192 ust.6 ustawy Pzp, który pozwala rozstrzygać tylko, co do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 29 maja br powiadomił wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania w zakresie części I i III postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże odwołanie – co już wyżej zaznaczono - dotyczy tylko czynności wykluczenia w zakresie części I i stąd orzeczenie może dotyczyć tylko takiego zakresu, zgodnie z regułą określoną wskazanym przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba – w spornym zakresie – ustaliła również, że w pkt H.1.ppkt 8 Instrukcji dla wykonawców Zamawiający zastrzegł, że gwarancja bankowa (...) nie może zawierać dodatkowych wymagań wobec zamawiającego, np. żądania pośrednictwa banku zamawiającego lub innego typu instytucji (...). Z kolei w pkt H.2. ppkt 6 tej Instrukcji podano, że (...) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust.3 Ustawy) 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, a w ppkt 7, że (...) Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Analogiczne postanowienia znalazły się w treści gwarancji wadialnej Odwołującego, co więcej katalog tych przesłanek uzupełnił zgodnie z dyspozycją art.46 ust.5 o pkt 2 tego przepisu, stanowiący o nie wniesieniu wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający we wskazanym piśmie z dnia 29 maja br [powiadamiającym o wykluczeniu wykonawcy] podał, że następuje wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, (...) z powodu nie spełnienia wymogu specyfikacji wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia część 1 pkt H. 1 ppkt 8 w związku z pkt H.1 ppkt 1 tj. wadium wniesione w formie gwarancji wadialnej nr 686/2013/FIN zawiera dodatkowe wymagania wobec Zamawiającego". Wobec takiej argumentacji, Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w tym zawiadomieniu Zamawiający nie sprecyzował okoliczności [postanowień] z treści gwarancji, które uznał za niezgodne ze specyfikacją. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że

9

niezgodność treści gwarancji z wymaganiami specyfikacji może skutkować podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem - zgodnie z treścią wskazanego przepisu - wadium niezgodne

z wymaganiami powinno być – jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie – a’ *contrario* zakwalifikowane, jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium. Wymaga również podkreślenia, że w przypadku dokumentu - za wadium prawidłowo wniesione, zgodnie z przepisami ustawy, należy uznać taki dokument wadialny, który *de facto i de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od szczegółowych warunków wyrażonych w siwz – często nieznajdujących oparcia w przepisach wymagań zamawiającego, które mogą zostać zakwalifikowane co najwyżej jako instrukcyjne wymagania. Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy przed Izbą, zakwestionował postanowienia z gwarancji zawarte w pkt 2 gwarancji [akapit 1 rozpoczynający się od słowa „Realizacja (...)”] oraz w akapicie 2 i w akapicie 4 tego dokumentu. Pierwszy z nich dotyczy przepisu ust. 4a art. 46 ustawy Pzp, wskazanego również w Instrukcji ppkt 6 lit. H i tym samym, chociażby z tego powodu nie może być obiektywnie powoływany jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż to postanowienie koresponduje zarówno z przepisem jak i specyfikacją. W drugim z kolei kwestionowanym postanowieniu bank wymaga złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, zawierającego deklarację, że (...) kwota roszczenia jest należna w związku z zajściem zdarzenia lub zdarzeń określonych w punkcie 1 lub 2 powyżej, wskazując to zdarzenie oraz której Oferty/Ofert dotyczy. W przypadku powołania się na zajście zdarzenia, o którym mowa w pkt. 2, Zamawiający zobowiązany jest ponadto do złożenia oświadczenia, iż Wykonawca nie udowodnił, że nie zastosowanie się przez niego do wezwania, o którym mowa w tym punkcie, było spowodowane przyczynami nieleżącymi po jego stronie”. W trzecim z kolei kwestionowanym postanowieniu - wymagane jest, aby (...) śądanie zapłaty może być dostarczone do Banku za pośrednictwem banku Zamawiającego, który powinien potwierdzić, że podpisy złożone pod żądaniem zapłaty są zgodne ze wzorami podpisów przechowywanymi w banku i należą do osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego w zakresie składania oświadczeń woli, dotyczących jego praw majątkowych, albo może być dostarczone do Banku wraz z kserokopiami dokumentów prawnych, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego potwierdzających, że osoby podpisane pod

10

żądaniem zapłaty są uprawnione do składania oświadczeń woli, dotyczących praw majątkowych Zamawiającego, wraz z kserokopią notarialnie potwierdzonych wzorów podpisów tych osób, poświadczonych za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego”.

W niniejszej sprawie Izba przede wszystkim stwierdza, że wadium [treść dokumentu wadialnego] może być rozpatrywane jedynie pod względem skuteczności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego. Zdaniem Izby, w tym postępowaniu Odwołujący prawidłowo zabezpieczył ofertę wadium, a mianowicie wniósł je przed upływem składania ofert, a dokument wadialny spełnia wymagania ustawowe. Kwestionowane postanowienia (akapit 2 i 3), w tych okolicznościach faktycznych, nie wywierają w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego wadium żadnych skutków prawnych. Zdaniem Izby kwota gwarantowana staje się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez zamawiającego (przez złożenie stosownego, wskazanego w treści gwarancji, żądania zapłaty), a sporne klauzule nie pozwalają gwarantowi na uchylanie się od płatności. Przede wszystkim postanowienie z akapitu 2 nie może powodować, że złożone oświadczenie ma być poparte dowodami, które z kolei wymagają akceptacji zobowiązanego wykonawcy i podlegają zatwierdzeniu przez bank. Sporne oświadczenie dotyczy potwierdzenia zdarzeń, stanowiących podstawę żądania wobec gwaranta. Tym samym takie postanowienie gwarancji nie może powodować ryzyka odmowy zapłaty kwoty z gwarancji przez bank. Ponadto Izba zwraca uwagę, że dokument gwarancyjny dotyczy trzech części, w którym bank (...) udziela nieodwołalnej i bezwarunkowej gwarancji przetargowej stanowiącej formę wadium wymaganego w celu przystąpienia do przetargu nieograniczonego na: „*Dzierżawę łączy światłowodowych dla potrzeb transmisji danych pomiędzy dwiema lokalnymi sieciami LAN.*” Dalej bank podaje, - tak jak ustalono w specyfikacji - że wadium dotyczy realizacji części I [1.450,00 zł],

części II [5.400,00 zł] oraz części III [600,00 zł na łączną kwotę 7.450, 00 zł. Izba zauważa również, że wykonawca złożył ofertę dla części I i III, a możliwość potencjalnego uzyskania zamówienia przez tego wykonawcę dotyczy tylko części I i tym samym roszczenie z gwarancji mogłoby powstać tylko w takim zakresie. A zatem w tym stanie faktycznym - zdaniem Izby - bank ma obiektywne prawo domagać się informacji, której części dotyczyłoby żądanie. Na marginesie Izba zauważa, że wyroki, w tym orzeczenia KIO wiążą w danej sprawie, a - dodatkowo - wyrok wskazywany przez Zamawiającego [KIO 2756/12] dotyczył nieco innego stanu

11

faktycznego, a mianowicie bank wymagał przedłożenia oświadczenia oraz udokumentowania, że warunki wymienione w spornej gwarancji zostały spełnione, tj. przedstawienia pisemnego oświadczenia wierzyciela o wysokości zadłużenia i dokumentów stwierdzających istnienie zobowiązania. Izba stwierdza również, że wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego, nie podważa bezwarunkowego charakteru gwarancji, a jedynie służy potwierdzeniu tożsamości osób, które podpisują żądanie zapłaty należności z tytułu gwarancji bankowej. W tym przypadku niewątpliwie należy mieć na uwadze wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2013 r. [sygn. akt V SA/Wa 327/13]. Izba dodatkowo stwierdza, że potwierdzanie za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego takich podpisów [jedna z możliwości] również nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust.1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest zasadny i odwołanie podlega uwzględnieniu.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....

12