

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lipca 2013 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w następującym składzie:

Przewodniczący SSO Anna Górna

Sędziowie SO Irena Gienatowska (spr.)

SR (del.) Tomasz Poprawa

Protokolant Anna Prochoń

po rozpoznaniu w dniu 11 lipca 2013 r., we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu z udziałem:

1. przeciwnika skargi Qumak S.A. w Warszawie, Macieja Lubockiego
2. przystępującego: ART.FM Sp. z o.o. w Krakowie

w przedmiocie skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 673/13.

I. oddała skargę;

II. zasądza od skarżącego (zamawiającego) Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji na rzecz przeciwnika skargi Qumak S.A. w Krakowie, Macieja Lubockiego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt X Ga 189/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie z dnia 22.3.2013 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. oraz Macieja Lubockiego Multimedia Art & Education w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy ART FM sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. z powodu nie wniesienia wadium (pkt 1) oraz obciążyła Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. kosztami postępowania (pkt 2).

Izba poczyniła następujące ustalenia faktyczne:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała w rozdziale VIII zatytułowanym „Wymagania dotyczące wadium” poniższe postanowienia.

Pkt 14 - Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w

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

Pkt 15 - Zamawiający zatrzyma 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 stronie Wykonawcy;

Pkt 16 - Wadium wnoszone w formach innych niż w pieniądzu, musi gwarantować Zamawiającemu wypłatę wadium, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 Ustawy. Niedopuszczalne jest wprowadzenie jakichkolwiek warunków ograniczających zamawiającemu wypłacenie wadium.

Do oferty złożonej przez ART FM sp. z o.o. załączono gwarancję przetargową nr O7OO1KTG13, wedle której: „Wystawiając niniejszą Gwarancję, my, BRE Bank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 18, Oddział Korporacyjny Kraków, ul. Augustiańska 15, 31-064 Kraków (...), zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, zobowiązujemy się nieodwołalnie do zapłacenia na Państwa pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości: PLN 200.000,00 (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100) po otrzymaniu Państwa pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu oraz wskazującego, na czym polegało nie wykonanie tych zobowiązań.”.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na podtrzymanie- przez odwołującego wyłącznie zarzutu dotyczącego wadliwie złożonej przez przystępującego gwarancji wadialnej, jedynie ten zarzut był przedmiotem rozpoznania przed KIO.

Wadium w rozumieniu art. 70⁴ § 1 k.c. ma służyć zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 p.z.p. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądaných w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.. Przedstawiony przez przystępującego dokument gwarancji wadialnej nie spełniał wymogów art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. wobec wątpliwości co do jego treści. W dokumencie tym brakowało określenia warunków zatrzymania wadium przez zamawiającego. Treść udzielonej gwarancji zawierała jedynie ogólne sformułowanie „nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z warunkami przetargu”, nie zawierając sformułowań zawartych w art. 46 ust 4a oraz ust 5 p.z.p., ani nie odnosiła się w tym zakresie do przepisów tejże ustawy, co uniemożliwiłoby zamawiającemu zatrzymanie wadium.

Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium w przypadkach enumeratywnie wskazanych w Prawie zamówień publicznych, a zatem zakres gwarancji powinien określać sytuacje, w których zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium w taki sposób, aby treść tej gwarancji nie budziła wątpliwości i zabezpieczała roszczenia zamawiającego. To przystępujący, należycie dbając o swoje interesy, winien sprawdzić, czy gwarancja spełnia warunki specyfikacji oraz ustawy p.z.p.

Izba uznała, że brak w treści dokumentu gwarancji nie podlega uzupełnieniu w trybie wezwania przez zamawiającego w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p., gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie mogły być przez Izbę uwzględnione złożone przez

przystępującego na rozprawie oświadczenia BRE Bank S.A., potwierdzenie warunków udzielenia gwarancji oraz korespondencja mailowa. Wniesienie wadium jest warunkiem odrębnym od warunku złożenia oświadczenia i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegającym uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Za brak wadium należy uznać sytuację, w której wykonawca nie tylko nie wniósł wadium w ogóle, ale również złożył wadium wadliwie, w sposób nie zabezpieczający roszczeń zamawiającego.

W świetle powyższego zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy ART FM Sp. z o.o. z powodu nie wniesienia wadium. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Od powyższego orzeczenia skargę wywiódł zamawiający, zaskarżając je w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie w całości odwołania z dnia 22.3.2013 r. oraz zasądzenie kosztów. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż skarżąca (jako zamawiający) była zobowiązana do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji: Centrum Edukacji Ekologicznej we Wrocławiu” wykonawcy ART FM sp. z o.o. z powodu nie wniesienia przez wykonawcę wadium do upływu składania ofert;

- art. 46 ust. 4a i ust. 5 • p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż zatrzymanie przez zamawiającego wadium wymaga umieszczenia treści wyżej wskazanych przepisów w dokumencie gwarancji bankowej;

- art. 192 ust. 2 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż zamawiający naruszył przepis ustawy, co miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez niewykluczenie ART FM sp. z o.o. z powodu nie wniesienia przez wykonawcę wadium do upływu składania ofert;

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na przyjęciu, iż zamawiający był obowiązany do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji: Centrum Edukacji Ekologicznej we Wrocławiu” wykonawcy ART FM sp. z o.o. z powodu nie wniesienia przez wykonawcę wadium do upływu składania ofert w sytuacji, gdy wniesiona gwarancja bankowa odpowiada wymogom wadium określonym w przepisach Prawa zamówień publicznych oraz Prawa bankowego.

Uzasadniając zarzuty, skarżąca wskazała, że Prawo zamówień publicznych nie zawiera określenia pojęcia wadium, a zatem definiując je należy stosować przepisy ustawy - Kodeks cywilny. Kodeks ten w art. 70⁴ dopuszcza dwa sposoby wniesienia wadium: albo zapłatę określonej kwoty, albo ustanowienie zabezpieczenia jej zapłaty. W punktach 14-16 SIWZ określono wyraźnie, w jakich przypadkach zamawiający może zaspokoić się z udzielonej gwarancji, są one zbieżne z art. 46 ust. 4a-5 p.z.p. Wadium może być wniesione jako gwarancja bankowa (art. 45 ust. 6 p.z.p.), której ustawowy opis znajduje się w art. 81 ust. 1 ustawy - Prawo bankowe. Gwarant gwarancji bankowej zobowiązany jest do świadczenia z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej, bez prawa do oceny stosunku podstawowego. Zamieszczenie klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza, że wymagalność świadczenia powstaje po wezwaniu gwaranta żądaniem zapłaty, bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Zdaniem skarżącej, ART FM sp. z o.o. wniosła wadium w postaci gwarancji bankowej, która spełnia opisane wymogi, gdyż jest gwarancją bezwarunkową i nieodwołalną oraz na każde żądanie. W związku z tym mogłaby skarżąca zatrzymać wadium w przypadkach określonych w art. 45 ust. 4a-5 p.z.p. bez spełniania dodatkowych warunków poza zgłoszeniem żądania zapłaty.

W ocenie skarżącej, gwarancja ART FM sp. z o.o. nie jest zbyt ogólna. Ponadto nie istnienie przepisu nakazującego wpisywanie treści art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. do treści gwarancji

bankowych. Określenie warunków gwarancji może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub przez odesłanie do przepisów prawa określających te warunki, lub też nawet w sposób lakoniczny. Treść gwarancji nie musi zawierać określenia przesłanek możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego z wadium. Gwarancja udzielona w niniejszej sprawie przewiduje zapłatę w przypadku nie wykonania przez ART FM zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu, odnosząc się w ten sposób do SIWZ oraz powszechnie obowiązujących przepisów. Podniosła skarżąca, że gwarancja bankowa obejmuje przypadki zatrzymania wadium wskazane w p.z.p. także wtedy, gdy złożona gwarancja bankowa odsyła do przypadków zatrzymania wadium wskazanych w treści SIWZ, która przecież dokładnie odpowiada regulacji ustawowej w tym zakresie.

W odpowiedzi na skargę Qumak S.A. oraz Maciej Lubocki jako przeciwnicy skargi wniesli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Wskazali w szczególności, że treść gwarancji powinna zawierać warunki opisane w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana, zaś jej treść nie mogła być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Tymczasem gwarancja BRE Bank S.A. nr 07001KTG13 zawiera sformułowania ogólnikowe i niejasne. Pojęcie „niewykonanie

zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu” nie zostało nigdzie zdefiniowane, nie wiadomo więc, czy idzie o SIWZ, czy ustawę p.z.p. Zachodzi wątpliwość, czym są zobowiązania wynikające z warunków przetargu, a ponadto, czy za takie zobowiązanie może być uważane podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oprócz tego nie wiadomo, do jakiego dokumentu odnosi się powyższa gwarancja. Wskazał przeciwnik skargi, że inna gwarancja BRE Bank S.A., o której przeciwnikowi wiadomo, zawiera wprost wyliczenie przesłanek opisanych w p.z.p. Przeciwnik przyznał też, że gwarancja może mieć charakter blankietowy, ale powinna wtedy precyzyjnie wskazywać dokument, w którym przesłanki realizacji gwarancji są określone dokładnie.

W charakterze przystępującego zgłosiła się ART FM sp. z o.o., popierając skargę złożoną przez zamawiającego i podnosząc, że treść gwarancji zapewnia zamawiającemu uzyskanie wadium.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga podlegała oddaleniu jako niezasadna.

Skarga sprowadza się w istocie do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; także jako „p.z.p.”), stanowiąc kontrargumentację odnośnie do odwołania wykonawcy Qumak S.A. i Maciej Lubocki (konsorcjum), który wszakże również zarzucał naruszenie tego przepisu przez zamawiającego. Istota niniejszego sporu polega na odpowiedzi na pytanie, czy ART FM sp. z o.o. wniosła wadium w sposób prawidłowy. Art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., którego prawidłowość zastosowania jest także kwestionowana w skardze, jawi się jako przepis związkowy, gdyż określa warunki, kiedy zamawiający może zatrzymać wadium, stanowiąc kryterium oceny treści gwarancji bankowej, o ile wadium polega na wniesieniu zabezpieczenia jego zapłaty w tej właśnie formie.

Nie mogła skarżąca skutecznie zarzucać naruszenia art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż jest on stosowany w ostatniej fazie orzekania i określa formalny sposób zakończenia postępowania. Zastosowanie tego przepisu nie ma oddziaływania wstecznego na merytoryczne rozpoznanie odwołania i jako takie nie może szkodzić sytuacji odwołującego. Skorzystanie przez Krajową Izbę Odwoławczą (także jako „KIO” oraz „Izba”) z art. 192 ust. 2 p.z.p. przy wydawaniu orzeczenia jest konsekwencją czynności podjętych na wcześniejszych etapach postępowania, nie zaś przyczyną zarzucanej wadliwości rozstrzygnięcia, a zatem nie może być postrzegane jako uchybienie przepisom prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Skoro zatem zastosowanie art. 192 ust. 2 p.z.p. nie ma wpływu na treść wyroku Izby, niepodobna uznawać go za podstawę zarzutu skargi. Zarzutowi podlegać mogą natomiast

przepisy, które Izba stosowała, wydając orzeczenie na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. (por. uzasadnienie wyroku Sadu Najwyższego z dnia 5.12.2012 r., sygn. akt IV CSK 166/12, LEX nr 1228619, odnośnie do skuteczności podnoszenia zarzutu naruszenia art. 385 k.p.c.).

Co się tyczy zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, to jest on pozorny i stanowi powielenie treści zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Okoliczność ta zwalnia Sąd Okręgowy z odrębnego poświęcania uwagi temuż zarzutowi, bowiem nie może ten sam zarzut być jednocześnie zarzutem prawa materialnego oraz prawa procesowego w przedmiocie ustalenia faktów sprawy.

Wracając do zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Stanowi on, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli 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. Przez wadium, na mocy art. 70⁴ k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., należy rozumieć sumę pieniężną albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które wykonawca powinien wpłacić zamawiającemu lub ustanowić na jego rzecz, po rygorze niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 45 ust. 1 p.z.p. zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przy czym w rozpoznawanej sprawie nie była sporna kwestia uprawnienia do żądania wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 p.z.p.) i może być ono wniesione w formie gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3 p.z.p.). Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2012 r. nr 1376 z późn. zm.) 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 (ust. 1). Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności (ust. 2).

Na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, 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. Z kolei wedle ust. 5 tego artykułu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego

oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (pkt 1), nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 2) lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 3).

Sąd Okręgowy zważył, że w świetle powyższych unormowań wadium nie wniesione przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wysokości niższej niż wymagana (art. 45 ust. 4), w formie nieprzewidzianej przez ustawę (art. 45 ust. 6), nie zabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadium we wszystkich okolicznościach jego przypadku (art. 46 ust. 4a-5) oraz niezgodne z przepisami regulującymi wystawienie gwarancji bankowej powinno być zakwalifikowane jako brak prawidłowego wniesienia wadium, będąc przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

W niniejszej sprawie spór ograniczał się do kontrowersji, czy gwarancja wystawiona przez BRE Bank S.A. na polecenie wykonawcy FM ART sp. z o.o. określa w swojej treści przesłanki jej spełnienia („warunki zapłaty”, o których mowa w art. 81 ust. 1 Pr.Bank.) w sposób czyniący zadość wskazaniu pełnego zakresu okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a-5 p.z.p. Gdyby bowiem okazało się, że zakres warunków zapłaty gwarancji bankowej jest węższy niż ustawowe warunki zatrzymania wadium przez zamawiającego, to gwarancja nie mogłaby być uznana za prawidłowo ustanowione zabezpieczenie uzyskania wadium.

Mając na względzie, że przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej gwarancją bankową nie jest rzeczywiste wystąpienie okoliczności w niej wskazanych, lecz jedynie złożenie oświadczenia o ich zaistnieniu, Sąd Okręgowy ocenił, że sformułowanie zawarte w gwarancji przetargowej nr O7OO1KTG13 z dnia 16.1.2013 r. o treści: „(...) Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu (...)” nie obejmuje w sposób

pełny przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 p.z.p. Niewątpliwym jest przy tym fakt, 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.

Nie bez racji wskazywał przeciwnik skargi, że cytowana treść gwarancji jest znaczeniowo niepewna, albowiem nie daje ona odpowiedzi, czym są „Warunki Przetargu”. Ustalenie zakresu tego pojęcia pozostawione jest interpretacji, co tym samym powoduje nadwężenie pewności i nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez zamawiającego.

Można by przyjąć - jak widzi to skarżąca - że gwarant pod tym terminem rozumiał Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (także „SIWZ”), lecz skarżąca nie wywodzi

argumentów, które mogłyby za takim stanowiskiem przemawiać. Istnieje natomiast silny motyw uzasadniający pogląd odmienny, mianowicie specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest terminem ustawowym (art. 36 ust. 1 p.z.p.), a więc jest zgodne z oczekiwaniem ustawodawcy określenie dokumentu zawierającego elementy treści warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia tą właśnie nazwą, nie zaś inną. Już z tego względu mógł wystawca gwarancji zasadnie sądzić, że trafniejsze będzie określenie warunków zamówienia tak jak czyni to ustawa, nie zaś podług własnego wyboru poprzez określenie ich mianem „Warunków Przetargu”. Dodatkowo praktyka wskazuje na powszechne określanie warunków zamówienia formułowanych przez zamawiających zgodnie z ich ustawową nomenklaturą, a więc nazewnictwo odmienne byłoby nieznajdującym akceptacji odstępstwem. Ponadto w momencie zlecenia wystawienia gwarancji ART FM sp. z o.o. znała tytuł warunków zamówienia wskazywanych przez zamawiającego, w związku czym trudno usprawiedliwiać jej tolerancję dla innego ujęcia SIWZ w treści gwarancji.

Nie można także podzielić sugestii skarżącej, że określenie „Warunki Przetargu” odnosi się do powszechnie obowiązujących przepisów, w tym Prawa zamówień publicznych. Należy wskazać, że zastosowanie wielkich liter na początku cytowanych wyrazów prowadzi do wniosku, że stanowią nazwę własną jakiegoś dokumentu (przy czym brak w aktach jego treści lub choćby wskazania miejsca złożenia tego dokumentu), nie zaś tytuł powszechnie obowiązującego aktu prawnego. Gdyby miało być tak, że gwarant wskazuje tym wyrażeniem na prawo wypływające z konstytucyjnych źródeł prawa zgodnie z art. 87 ustawy zasadniczej, właściwsze byłoby sformułowanie „przepisy prawa”, „ustawa” czy inne podobne do tych przykładowo wskazanych.

Oprócz tego nie wiadomo, czy „Warunki Przetargu” to w istocie nie są jedynie warunki określone w art. 22 ust. 1 p.z.p., stanowiące kto w ogóle może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim zaś trudno jest przyjąć, że „Warunki Przetargu”, skoro dotyczą tylko i wyłącznie „przetargu”, odnoszą się także do etapu zawierania umowy z wykonawcą wyłonionym po przeprowadzeniu postępowania o zamówienie, które wszakże kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Należało zgodzić się z przeciwnikiem skargi, że nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów p.z.p. 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, zaś gwarancja bankowa złożona przez ART FM sp. z o.o. warunków tych nie spełnia.

Niezależnie od powyższego nie jest określone w gwarancji, co należy rozumieć pod pojęciem „zobowiązań” wykonawcy, również skarżący tego terminu wyraźnie nie definiuje. Stosując z mocy art. 14 p.z.p. definicję obowiązującą na gruncie prawa cywilnego, trzeba by przyjąć, że zobowiązanie na tym polega, iż wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien je spełnić, zaś samo świadczenie może być działaniem albo zaniechaniem (art. 353 § 1-2 k.c.). Tak określone zobowiązanie nie przystaje jednak do postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, gdyż zamawiający nie może wysuwać w tym znaczeniu wobec potencjalnych wykonawców roszczeń, które ci z kolei byłoby zobligowani w toku postępowania wykonywać.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w obliczu powyżej przedstawionych wątpliwości, nie można było stwierdzić, że treść gwarancji obejmuje wszystkie okoliczności ustawowej

realizacji wadium. O ile, dokonując przychyłnej dla skarżącego wykładni rozszerzającej, można by przyjąć, iż niewypelnienie „Warunków Przetargu” stanowi zabezpieczenie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-2 p.z.p., o tyle z całą pewnością nie można było uznać, że zobowiązaniem wpływającym dla wykonawcy z warunków przetargu jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy z przyczyn leżących po jego stronie stało się to niemożliwe (art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Nie dochodzi wówczas do powstania zobowiązania, w związku czym nie może być one niewykonane, co wszakże stanowiło przesłankę gwarancji bankowej umożliwiającej zamawiającemu realizację wadium w tej postaci. Jest to wystarczające by uznać, że wykonawca ART FM sp. z o.o. nie wniosła wadium prawidłowo, a więc podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 22 ust. 4 pkt 2 p.z.p.

Mając na względzie powyższe, Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p. jako bezzasadną, o czym orzeczono w punkcie I wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198f ust. 5 in principio p.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Na podstawie art. 98 § 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. w zw. art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p. do kosztów tych, wobec zgłoszenia stosownego wniosku, należało zaliczyć jedynie wynagrodzenie pełnomocnika przeciwnika skargi w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie § 6 ust. 7 w zw. z odpowiednio stosowanym § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.9.2002 r. sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 149 z późn. zm.). W tym miejscu Sąd Okręgowy orzekł w punkcie II wyroku. /, ^x