

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2009 roku

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: 550 Janusz Kaspryszyn
Vr Sędziów ii: 550 Jrena Giernatowski

SSR Kafał Cieszyński (spr.)

Protokolant: Dominika Olbert

po rozpoznaniu w dniu 9 kwietnia 2009 roku we Wrocławiu na rozprawie
sprawy o udzielenie zamówienia publicznego
przez zamawiającego Gminę Wrocław

ze skargi Konsorcjum MAK B0GL Polska Sp. z o.o. w Szczecinie (lider), Ma* 60GL
Bauunternehmen GmbH & Co. KG (Niemcy), Budun*x Dromex S.A. w
Warszawie,

o udziale przeciwnika skargi Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie (bdejj,

j & P AVAX S.A. (Grecja), Wrocławski Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego
Mr 5 WR0B15S.A. we Wrocławiu, Modern Construction Design Sp. z o.o. w Poznaniu
o udziale w zamówieniu publicznym

niezadowolonej na skutek skargi wniesionej przez Konsorcjum MAX B0GL Polska Sp. z o.o. w
Szczecinie (lider), Max bOCL BauUnternehmung GmbH & Co. KG (Niemcy), Budimes
Dromes S.A. w Warszawie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2009
roku, sygn. akt KIO/DZP I(H)/09

I. oddala skargę,

II. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi 3600 zł kosztów postępowania

głównego.

Sygn. akt X Ga 81/09

[Jzasj-uJnienie

W dniu 04 lipca 2008 roku Zamawiający Gmina Wrocław reprezentowany przez

Wrocław 2012 Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ogłosił postępowanie o udzielenie
zamówienia publicznego na wykonanie projektów wykonawczych i budowę stadionu przy
ul. Drzymały we Wrocławiu oraz budowę stadionu. W dniu 20 stycznia 2009 roku
Zamawiający zawiadomił o wywołaniu najniższej oferty Konsorcjum firm w składzie:
Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, (itP AVAX 3. A. z siedzibą w Atenach

(Grecja), Włocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa PiT-cmysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. 7. siedzibą w Włocławku oraz Modern Construction Design Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Powyższy wybór został oprotestowany w dniu 27 stycznia 2009 roku przez Konsorcjum firm w składzie: Mas BOGT, Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie, BtGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Göttingen (Niemcy) oraz Budines. DIOUie* S.A. z siedzibą w Warszawie.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655- ze zm.) to jest;

1. art. 45 ust. 1, ust. 3, ust. 6 P.z.p. oraz art. 46 ust. 5 P.z.p. w związku z art. 53 P.z.p. i postanowieniami rozdziału IX pkt. 1, 2, 3, 4 i 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez przyjęcie, że wybrany wykonawca wniósł wadium w sposób przewidziany przepisami ustawy P.z.p. gdy oryginalny dokument gwarancji udzieleny przez Alpha Bank AE Psychice Branch z siedzibą w Grecji z dnia 04 grudnia 2005 r. wraz z tłumaczeniem z dnia 03 grudnia 2008 r., nie spełnia, wymogów zarówno co do treści gwarancji jak i wysokości Sumy gwarancyjnej składającej się na wadium;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w związku z postanowieniami rozdziału XI pkt. 3 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, mimo nie wniesienia wadium;
3. art. 29 ust. 1 pkt. 5 i 8 ustawy Pzp- oraz art. 24 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu;
4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., przez wybór oferty najkorzystniejszej, mimo że wina ona podlegać odrzuceniu;
- 5- art. 7 ustawy P.z.p., przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji w następstwie naruszeń przepisów ustawy i postanowieni SIWZ wskazanych wyżej;
6. ponadto zarzucono naruszenie. art. 91 ust. 2 i 3, 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 4 ust. 2 i ust. 4- oraz art. 5 ustawy z dnia (17 października 1999 roku o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 "późn. zm.) i rozdziału TX pkt 2 SIWZ.

Protestujący domagał się:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie; J&P, Wj4X S.A. z siedzibą w Arenach, Włocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. oraz Modern Construction Design Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dokonania ponownego badania, oceny i wyboru oferty.

W uzasadnieniu zarzutów protestujący podniósł, iż:

I. Wykonawca - Konsorcjum reprezentowane przez lidera Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, którego oferta została wybrana, złożył dokument gwarancji bankowej wystawionej przez Alpha Bank A.E. i Psychico Branch z siedzibą w Grecji z 04 grudnia 2005 roku z dołączonym tłumaczeniem własnym, gdzie jako data wystawienia gwarancji podany został dzień 03 grudnia 2008 roku czyli do innego dokumentu niż przedstawiony. Zamawiający nie dopuścił składania oferty w języku angielskim, więc oferta powinna zostać odrzucona. Ponadto podmioty wykonujące zadania publiczne zobowiązane są dokonywać czynności w języku polskim, a czym stanowi ustawa o języku polskim.

II. Tłumaczenie własne dokonane przez wybranego wykonawcę, nie odpowiada treści oryginału i dostosowuje brzmienie tego dokumentu do wymagań art. 46 ust. 5 ustawy P.z.p.

1. W ocenie protestującego przedstawioną gwarancja nie spełnia wymogów polskiego prawa bankowego, w odniesieniu do treści jaką winna zawierać;
2. W gwarancji nie zostały wymienione dokładne nazwy podmiotów wchodzących w skład wybranego Konsorcjum. Z dokumentów oferty nie wynika aby Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. - posługiwało się nazwą skróconą „SPROBIS” SA.. - jak zostało to ujęte w omawianej gwarancji oraz, że firma J&P AVAX S.A. nie używa nazwy, która widnieje w tekście gwarancji, co jest) AND P AVAX SA.;
2. Przedstawiona gwarancja nie spełnia wymagań albowiem nie zawiera klauzuli o

21S t r e n a

bezwartunkowości -t obo wiązania gwaranta do wypłaty wadium. Zawarte zobowiązanie o nieodwołalności gwarancji oznacza jedynie brak uprawnień do jej jednostronnego odwołania, nie zaś do bezwarunkowego wykonania, bez potrzeby udokumentowania, że zdarzenia, z którymi związana jest wypłata wadium nastąpiły. Z dokonanego na zlecenie protestującego ruzumienia przysięgłego wymienionego dokumentu wynika, że Zamawiający będzie mógł zatrzymać wadium między innymi w przypadku:

- a) gdy wykonawca nie wniesie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, podczas gdy ustawa P.z.p. w art. 46 ust. 5 pkt. 2 mówi o wniesieniu zabezpieczenia „nałżytego” wykonania umowy,
- b) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z winy wykonawcy, podczas gdy ustawa P.z.p. w art. 46 ust 5 pkt, 3 mówi o zatrzymaniu wadium, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stuki się niemożliwe z przyczyn leżących po Kminie wykonawcy.

4. Wykonawcy zostali zobowiązani do wniesienia wadium w kwocie 9-030\XK> PT,W. Gwarancja wystawioną przez Alpha Bank A.E, Psyclico Dranch w dniu 04 grudnia. 2(Klft r, wykazuje w nagłówku oraz w treści sumę gwarancyjny wyrażoną w euro 1.211UHM) EUR, co nadzień 02 grudnia 200® ryku, stanowi równowartość 4-419-283 PbN- W ptekonaniu protestującego powyższe brzmienie gwarancji nie da je Zamawiającemu pewności zaspokojenia kwotą wymaganego wadium, na podstawie wymienionej gwarancji bankowej. Zamawiający został obciążony ryzykiem zmian kursowych, prowadzących do możliwości obniżenia wniesionego wadium poniżej poziomu wymaganego w SIWZ. Cytowane postanowienia gwarancji czynią ją warunkową, bowiem Zamawiający będzie mógł otrzymać kwotę 4.419.283 PLN, tylko wówczas gdy kuta walutowy ustalany na 02 grudnia 2CH3S r. pozostanie niezmienny, Fakt udzielenia gwarancji bankowej w walucie iniej niż określona przez Zamawiającego, stanowi nie tylko naruszenie wymagań SIWZ, ale i zasady walutowości, określonej w arL 338 k.c, z której wynika, że zobowiązania winny być wyrażane w złotych polskich, co czyni omawianą gwarancję ineważną na podstawie innych przepisów, zatem ofertę podlegającą odrzuceniu, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt, 8 P.z.p.

Lki pistępowania wywołanego wuieactiieem protestu, na wezwaine Zamawiającego

J|Słrona

z doń z dnia 27 stycznia 2009 toku, w dniu 3(1 stycznia 2009 toku przystąpiło wybrane Konsorcjum Mostostal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie; J&P AVAX S.A, z siedzibą v Atcfiadi (Grecja). Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WRTjBLA SA- z siedzibą we Wrocławiu oraz Modem Coilkuieljou Design Sjółka z o.n.

?. siedzibą w Poznaniu, wnosząc o oddalenie protestu jako bezzasadnego, powołując się jednocześnie na interes prawny w uzyskaniu zamówienia i utrzymaniu wyboru, jego oferty.

W dniu 09 lutego 2009 roku Zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego uwzględnienie w całości, w zakresie zgłoszonych żądań. Natomiast w odniesieniu do zarzutów. Zamawiający jedynie w części podzieli poglądy protestującego. Zamawiający uznał zarzut naruszenia art- 9 ust. 2 i 3 P.z.p, oraz art. 4 ustawy z dnia 07 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U- Nr 90, poz. 999 z późn. zin.) za chybiony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 1, ust. 3 i 6 P.z.p, oraz i art. 46 ust. 5 P.z.p, w związku z art. 53 P.z.p., Zamawiający zajął następujące stanowisko:

1. Umowa O udzielenie gwarancji została Zawarta Zgodnie Z Zasadami ustalonymi w Konwencji Rzymskiej z dnia 19 czerwca 1980 roku o prawie właściwym dla międzynarodowych zobowiązań umownych, której stronami jest Polska i Grecja. Przewiduje ona stosowanie przepisów państwa, w którym ma siedzibę strona - bank, na którym spoczywa obowiązek spełnienia świadczenia, czyli w tym przypadku prawa greckiego. W konsekwencji Zamawiający uznał, że dokonywanie jakiegokolwiek analizy zgodności brzmienia gwarancji z prawem polskim jest nieuprawnione, gdyż prawem które materialno-prawnie reguluje zagadnienia gwarancji, jest prawo greckie.
2. Zamawiający nie przychylił się do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665) ani wskazanego Zarządzenia Komisji Nadzoru Bankowego z 30 czerwca 1998 roku, Podkreślając natomiast argument, że podmioty wchodzące w skład wybranego Konsorcjum zdefiniowane zostały nieprawidłowo w dokumencie gwarancyjnym i ich nazwy nie odpowiadają ściśle dokumentom rejestrowym. Z tych względów przedłożoną gwarancję uznał za wadliwą. Skonkretyzując treść gwarancji członkowie Konsorcjum zostali nieprawidłowo oznaczeni, skutkuje to naruszeniem powołanej regulacji art- 45 ust. 1 i ust. 3 P.z.p. oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. W przedłożonej gwarancji zawarta jest jedynie adnotacja o jej „nieodwołalności,” co nie jest jednoznaczne z wymaganymi klauzulami „bezwzględnie” oraz „na pierwsze żądanie”. Trzeba było ograniczyć się gwarancji przy zaakceptowaniu treści zobowiązania, wyłącznie do określenia „na pierwsze żądanie.” nie jest bowiem właściwa. Dla w pełni tego bezpieczeństwa umowy podstawowej, powinny dążyć do sprecyzowania jej znaczenia w treści listu gwarancyjnego, w szczególności przez wskazanie, iż - gwarant nie może powoływać się na zastrzeżenia dotyczące istoty i ważności umowy podstawowej oraz rzeczywiste niezrealizowanie się zabezpieczonego ryzyka. Opatrzanie gwarancji klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” oznacza, że niedopuszczalne jest skuteczne powoływanie się przez bank - na zastrzeżenia wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona. Ze względu na rozbieżność między sformułowaniami gwarancji, a okolicznościami uprawniającymi do zatrzymania wadium, określonymi w art. 46 ust. 5 pkt. 2 i 3 P.z.p., Zamawiający uwzględnił zarzuty protestu. Zamawiający wymagał w rozdziale XVII SIWZ wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z tych względów podając w gwarancji, że Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku nie wniesienia „zabezpieczenia wykonania umowy,” nie odnosi się do instytucji „zabezpieczenia należytego wykonania umowy,” określonej w powołanym przepisie. Zamawiający opowiedział się również za stanowiskiem, że określenie jakie zawiera art 46 ust- 5 pkt. 3 P-z.p., „przyczyny leżące po stronie wykonawcy,” obejmuje przypadki szersze niż tylko „nie zawarcie umowy a winy wykonawcy.”
4. Zamawiający stwierdził, że jest w posiadaniu oryginału wymienionej gwarancji, a konsorcjami wniesli również wadium, którego łączna Wota wynosi wymagane 11.100.000 PLN. W odniesieniu do argumentu dotyczącego waluty tożsamej (tj. EURO), Zamawiający stwierdził, że w obecnej sytuacji, dokument gwarancji zabezpiecza jego interesy majątkowe. Wobec powyższego oddalił zarzut w tym zakresie.

Z takim rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się wykonawca wybrany - Kjonflotcjutn reprezentowane przez pełnomocnika Mostostal Warszawa Spółka z siedzibą w Warszawie i w dniu 10 lutego 2009 roku wniósł odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzucając Zamawiającemu;

- 1) naruszenie art. 45 ust. 1 P.z.p., poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zas Losowanie,
- 2) dokonanie nieprawidłowej wykładni treści gwarancji bankowej wystawionej przez Alpha Bank AE Psychiko Uranch oraz bezzasadne uznanie, że w treści tej gwarancji

bankowej wykonawcy; i w tym IskŁcie zdefiniowany;

jj natużenie art. 60 i art. 14 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 P.z.p., przez

zaniechanie dokonania wykładni oświadczenia złożonego przez gwaranta - Alpha Bank ATL Frwchtco Branek, zgodnie z zasadami określonymi tymi przepisami,

- 4) naruszenie art. 46 ust. 1 P.z.p., przez błędną interpretację tego przepisu, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, że gwarancja bankowa wystawiona przez Alpha Bank AK Psychiko Branch nie spełnia wymagań określonych w treści ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący powołał się nadto na naruszenie swego interesu prawnego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wnosił o stwierdzenie, że jego oferta jest zabezpieczona wadium w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty. W konsekwencji, wnosił o utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego, polegającej na -wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, alternatywnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, a uwzględnieniem faktu, iż Odwołujący się -nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i o nakazanie powtórzonego dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z czterema zarzutami, które jak wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający uznał za zasadne-

Odwołujący uznał za bezpodstawne uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów;

1. niewłaściwego oznaczenia wykonawców w treści gwarancji bankowej,
2. że gwarancja nie ma charakteru gwarancji bezwarunkowej,
- 3- że treść gwarancji nie umożliwia zaliczenia wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. że treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący przedstawił następujące argumenty, wskazujące na wadliwość

6) Strona

rozstrzygnięcia protestu i usŁaen w nim dokonanych.

1. Wskazanie w treści gwarancji bankowej jedynie skróconej nazwy spółki: Wrocławskie

Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA, oznaczonej „WROBIS SA”,¹¹ nie może świadczyć o nieprawidłowym zdefiniowaniu wykonawcy, ponieważ nie może być wątpliwości, że pomimo oznaczenia spółki skróconą nazwą „WROBIS 5-A”, ismiejr. możliwość pełnej identyfikacji powołanej w treści gwarancji bankowej spółki, jako - Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROKTS” S-A. Nie może również budzić wątpliwości fakt oznaczenia w treści gwarancji bankowej Alpha Bank AE, drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; J&P AVAX S.A. Zamiana łącznika na łącznik „AND” nie ma żadnego istotnego znaczenia dla możliwości właściwej identyfikacji spółki, która

ubiega się o udzielenie niniejszego zamówienia. Łączniki „&”¹¹ i „AND” używane są

w

przez przedsiębiorców zamiennie, oznaczają bowiem dokładnie to samo. Według Odwołującego, o wadliwości gwarancji bankowej w świetle art- 46 ust. 5 P-zp. można byłoby mówić wyłącznie w przypadku, gdy jej treść uniemożliwiałaby realizację skierowanej do Zamawiającego dyspozycji tej normy prawnej (nakazu zatrzymania wadium w zdefiniowanych przepisem przypadkach). Innymi słowy, Zamawiający mógłby uznać przedstawioną gwarancję bankową za wadliwą w rozumieniu ustawy - Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdyby nie mógł skutecznie zwrócić się do Alpha Banku Ali o zapłatę gwarantowanej kwoty wadium, w przypadkach określonych w przepisie art. 46 ust. 5 P.z.p. W odniesieniu do kwestionowanej gwarancji bankowej sytuacja taka nie ma jednak miejsca. Treść gwarancji Alpha Bank AT1 zawiera niebudzącą wątpliwości oznaczenie postępowania, którego dotyczy, beneficjenta (Zamawiającego), gwaranta (bank), kwotę zabezpieczenia, wadium, warunki żądania zapłaty oraz datę ważności, która zabezpiecza i ofertę Odwołującego się w całym pierwotnym okresie związania ofertą. Nawet, zatem gdyby uznać, że zleceniodawcą jest wyłącznie dwóch wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oznaczenie nie budzi wątpliwości Zamawiającego (Mostostal Warszawa S.A. oraz Modern Constniction Design Spółka z o.o.) gwarancja taka zabezpieczałaby interesy Zamawiającego, ponieważ na jej podstawie Zamawiający byłby uprawniony do żądania zapłaty oznaczonej w niej kwoty wadium od Konsorcjum, gdyby nastąpiła któraś z okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 P.z.p. Przedstawiony pogląd, według Odwołującego potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego i Krajowej Izby

Odwoławczej. Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 stycznia 2008 r. (sygn. I/OZP/6/08), w zakresie zarzutu braku wniesienia wadium przez wybrane konsorcjum - skutkujące obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., skład orzekający Izby nie przychylił się do przedstawionego przez odwołującego stanowiska, gdyż stwierdził, że zgodnie z art. 46 ust. 5 P.z.p., wadium służy zabezpieczeniu interesu zamawiającego na wypadek odmowy przez wybranego wykonawcę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, zaniechania, wniesienia zabezpieczenia, albo niemożności podpisania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Okoliczność niwniesienia wadium przez wykonawcę z konsorcjum w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, nie stoi na przeszkodzie w uzyskaniu przez Zamawiającego świadczenia od ubezpieczycieli." (...) Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. I/OZP/6/08). W analogicznym stanie faktycznym, Sąd ten stwierdził, że „data wystawienia na rzecz jednego członka konsorcjum gwarancji - wcześniejsza w stosunku do udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum - nie miała żadnego znaczenia prawnego, a w szczególności nie dawała podstaw do przyjęcia, iż omawiana gwarancja nie została wniesiona przez konsorcjum." W przywołanym przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku (sygn. I/OZP/6/08, z dnia 12 maja 2006 r.) Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził ponadto „łożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej przez jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielnie wadium." Odwołujący podkreślił, że zobowiązaniem do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie wspólnie zobowiązanym jest konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest, solidarna na podstawie art. 370 Ku w iw. z art- 366 K.c. i art. 14 P.z.p. Członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie ona w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Złożenie oferty i obieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego

S | Strona

nia w ramach art. 370 K.c., powodują tym samym solidarną

odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

2. Odwołujący wykazywał niezasadność zarzutu braku, bezwarunkowości charakteru gwarancji. Według odwołującego, błędne jest założenie, że aby gwarancja była „bezwarunkowa”, musi co wprost wynikać z jej treści, to jest, że musi w jej treści znaleźć się zapis oznaczający gwarancję jako bezwarunkową. Termin „gwarancją bezwarunkową”¹ w praktyce oznacza, że gwarant nie stawia żadnych, innych warunków wypłaty, poza przedstawieniem pisemnego wezwania do zapłaty i oświadczenia beneficjenta o tym, że wystąpiła przesłanka wypłaty. Zdaniem (odwołującego, taki stan ma miejsce w wypadku kwestionowanej przez powództwo Konsorcjum i Zamawiającego, gwarancji Alpha Bank AE, z jej treści nie wynika jakiegokolwiek warunku wypłaty samej gwarancyjnej, a jej charakter przesądzony jest przez sformułowanie, iż „suma gwarancyjna będzie płatna na pierwsze pisemne żądanie, któremu, będzie towarzyszyć oświadczenie, iż wykonawca narusza swoje zobowiązania określone w warunkach przetargu, Zarzucił, że Zamawiający ponosi, też istotne konsekwencje faktu, że gwarancja wystawiona przez Alpha Bank AE poddana została regulacjom Jednolitych Regul dla Gwarancji Płatnych - na Żądanie, określonych w 1991 roku w Paryżu przez Międzynarodową Izbę Handlową (International Chamber of Commerce, Publikacja CC, Nr 45B). Na gruncie powołanych Jednolitych Regul dla Gwarancji Płatnych na Żądanie, należy zatem uznać, że „bezwarunkowość” albo „warunkowość” gwarancji uzależniona jest od treści gwarancji (wszystkich postanowień zawartych w dokumencie gwarancji), nie zaś jak podnosi Zamawiający - od użycia w jej treści konkretnego wyrażenia „bezwarunkowa”¹ albo „na pierwsze żądanie”. Kluczowa jest ocena, czy w treści gwarancji zostały zastrzeżone jakieś warunki zapłaty, poza warunkami formalnymi, czyli przedstawieniem pisemnego żądania zapłaty wraz z podaniem jej przyczyny, jeżeli takich warunków¹ w treści gwarancji nie zastrzeżono, oznacza to, iż gwarancja jest w każdym przypadku możliwa do wykorzystania i bank - gwarant nie może odmówić wypłaty, w razie zgłoszenia żądania przez Zamawiającego,
3. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby wymagane zabezpieczenie wykonania umowy różniło się czymkolwiek od zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Twierdził, że skoro zarówno przepis art. 147 ust 1 P.z.p., jak i Zamawiający w treści specyfikacji, wymaga wnieścia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to w logicznej konsekwencji trzeba przyjąć, iż zabezpieczenie

9 | Strona

wykonania innego aniżeli „należytego” nie będzie odpowiadało wymaganiom prawa zamówień publicznych oraz SIWZ. Tym samym zapis „niewzięcie wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy” spełnia warunek, określony w treści art. 46 ust. 5 pif.

2 P.z.p., ponieważ zabezpieczeniem wymaganym jest Zabezpieczenie należytego wykonania umowy - Zu konieczności uznać stwierdzenie, że w obydwu redakcjach (niezależnie od tego, czy chodzi o „zabezpieczenie należytego wykonania umowy”¹¹, czy o

wymagane „zabezpieczenie wykonania umowy”), jest jasne, jaka okoliczność umożliwia zatrzymanie wadium w omawianym przypadku. Chodzi o sytuację, w której wykonawca nie wnosi zabezpieczeniu wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 P.z.p. Nie ma żadnej podstawy, by przyjmować inne rozumienie sformułowania, i zamawiający może skorzystać z gwarancji w szczególności wówczas, gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy.

4. Odwołujący uznał za niezasadny zarzut, iż treść gwarancji nie umożliwia zatrzymania wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że nie ma wątpliwości, iż, po pierwsze, gwarancja bankowa wystawiona przez Alpha Bank AE, nie zawiera możliwości żądania wypłaty do sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn „zawinionych” przez wykonawcę, czyli nie posługuje się pojęciem „winy” w rozumieniu polskiego systemu prawa. Sformułowanie „Pét^Wftó fau/f” jest bowiem niewątpliwie szersze i oznacza wszelkie przyczyny, które obciążają wykonawcę lub zostały przez niego spowodowane. Po drugie, polska ustawa nie przewiduje skutku w postaci utraty wadium w wypadku niemożliwości zawarcia umowy w dowolnym przypadku, leżącym po stronie wykonawcy.

Tym samym nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego się z przedmiotowego postępowania, co uzasadnia zgłoszone żądania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 21 lutego 2009 roku zgłosiło swoje przystąpienie Konsorcjum: Max BÓGI- Polska -Spółka z o.o., Max BOGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG oraz Budimes Dromex S.A., wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 24 lutego 2009 roku Konsorcjum to złożyło odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymało argumentację podnoszoną w protestie, że gwarancja przedłożona przez Odwołującego jest wadliwa:

101 Strona

1. że nieogółu na sposób oznaczenia wykonawcy,
2. nie ma charakteru bezwarunkowego,
3. nie umożliwia zatrzymania wadium, sytuacji gdy wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. nie umożliwia zatrzymania wadium, w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przystępujący do Odwołania, podtrzymał ponadto zażądania protestu, że Odwołujący wniósł wadium w niepełnej kwocie, a Zamawiający nie powinien przyjmować oświadczenia Alpha Bank AE, że gwarantuje wypłatę w zabezpieczanej kwocie 4.419.2K3 PLN, gdyż oświadczenie takie nie zostało złożone w gwarancji wraz z ofertą. Przystępujący przytoczył i pogłębił argumentację podniesioną w protestie.

Wyrokiem z dnia 02 marca 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, J&P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WKOBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Modern G instrument Design Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego Gminę Wrocław protestu z dnia 27 stycznia 2009 roku, przy udziale wykonawcy Konsorcjum firm: MAXITÓCL Polska Spółka z o.o., Max BOGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimes Dromex S.A., zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego i

nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności uwzględnienia w całości protestu z dnia 27 stycznia 2009 roku wniesionego przez Konsorcjum firm: MAX BOGL Polska Spółka z o.o., Max BOGL Baunniemehmung GmbH & Co KG, fludimex Dramat S.A., nakazała unieważnienie czynności podjętych w następstwie uwzględnienia tego protestu oraz orzekła o kosztach,

Krajowa Izba Odwoławcza Izba przyznała rację Zamawiającemu, że wobec poddania umowy gwarancji ustawodawstwu greckiemu, dokonywanie jakiegokolwiek analizy zgodności brzmienia gwarancji wystawionej przez Alpha Bank AE, z prawem polskim jest nieuprawnione. Izba potuliła stanowisko, iż do oceny prawnej dokumentu wymienionej gwarancji znajdują zastosowanie normy prawa greckiego. Izba uznała stanowisko

Zamawiającego, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum (wchodzącego, zostały w wymienionej gwarancji wadliwie zdefiniowane w sposób nieprawidłowy, Zamiast J&P AVAX S.A., zostało podane: I ANO P AVAX SA, zamiast Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „Wrohis” S.A., w jej nazwie widnieje nazwa Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Wrohis” S.A. Użycie łącznika AND w określeniu nazwy, AND P Avax fi. A., jest tożsame ze znakiem graficznym &. Bez wątpliwości opuszczenie, w nazwie konsorcjału pełnego oznaczenia „Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2” było błędne. Błędne oznaczenie dwóch firm, wchodzących w skład Konsorcjum, nie może jednak stanowić podstawy skutecznych twierdzeń, że wadium nie zostało wniesione. Wątpliwości Zamawiającego winno rozwiązać wyjaśnienie Alpha Bank AE z dnia 25 lutego 2009 roku, złożone jako dowód w sprawie (wraz z tłumaczeniem), że gwarancja ta została wystawiona na rzecz Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., J & P AVAX S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., Modern Construction Design Spółka z o.o., a wszystkie te spółki są łącznie 2-oma oferentem. Dowód ten Izba przyjęła jako wiarygodne potwierdzenie, że Bank - wystawca gwarancji, jako zlecającego traktuje wymienione Konsorcjum w pełnym układzie, z wymienieniem prawidłowych nazw i adresów tych firm. Zatem zarzut naruszenia art. 45 ust. 1 p.p. przez błędne oznaczenie dwóch członków Konsorcjum Odwołującego Izba uznała za chybiony. Izba uznała wyjaśnienie Alpha Bank

AE, w którym Bank ten wprost potwierdza, iż gwarancja ta nr GRA 005918 jest bezwarunkowa. Izba, nie uznała przy tym argumentacji Zamawiającego, że Bank wniósł oświadczeniem, zmienił pierwotne, warunki na jakich gwarancja została wystawiona. Wniosek, że można ustalić bezwarunkowy charakter złożonej gwarancji bankowej z całości jej postanowień i braku zastrzeżeń przeciwnych, da się wywieść, także zgodnie z regulacjami prawa, greckiego jak i teorią prawa greckiego., zgodnie z którą beneficjent (gwarancji) może pomyślnie zgłosić roszczenie odnośnie kwoty na pierwsze żądanie, Przesądza o tym włączenie do tekstu gwarancji sformułowania „113 pierwsze żądanie”, Izba nie dopatrywała się również niezgodności treści gwarancji z art. 45 ust. 5 pkt. 2

P. z.p. Przepadek wadium określony w art. 46 ust. 5 pkt. 2 odnosi się do niewywiązania z wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący podał natomiast w dokumencie gwarancyjnym, że żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej będzie uzasadniało uiszczenie zabezpieczenia wykonania umowy. Uznanie prawidłowości zabezpieczenia jest właściwą kompetencją Zamawiającego. Jeśli Zamawiający uzna, że zabezpieczenie nie

zostało uiszczone prawidłowo, może nie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, uznając, że nastąpiło to z przyczyn z winy wykonawcy i na jego koszt zatrzymać wadium. Okoliczność, że sporna gwarancja daje możliwość uiszczenia wadium w razie niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie oferenta, została w niej przewidziana, Izba nie dzieliła stanowiska, że zwrot jaki zawiera art. 46 ust. 5 pkt. 3 P.z.p. - z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy rozumieć szerzej, tj. wyłącznie z winy wykonawcy. Za przesądzającą dowód Izba uznała treść tłumaczenia Ustawy Prawo zamówień publicznych, zamieszczonego na Stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie zwrot zawierający słowo „fouit” użyte także w przedmiotowej gwarancji - przy powołaniu się na art. 46 ust. 5 pkt. 3 ustawy P.z.p., (co stanowiło podstawy sporu w tym zakresie) tłumaczy się „z przyczyn leżących po stronie

wykonawcy”. Istotne jest także wyjaśnienie Banku - Gwaranta, że „zgodnie z tą gwarancją beneficjent może żądać kwoty łącznej w niej określonej we wszystkich przypadkach, o których mowa w art. 41 ust. 5 ustawy z 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Oz. U- z 2007 Nr 223, poz. 1555 ze zm.),” z przytoczeniem tekstu tego przepisu. Zatem uznać należy, że sporna gwarancja odpowiada wymogom art. 46 ust. 5 P.z.p. Izba nie uwzględniła zarzutów Przystępującego, ponowiony ci w postępowaniu odwoławczym, że wadium w wymienionej gwarancji bankowej podano w niewłaściwej kwocie (zarówno w walucie EUR jak i PLN), co wystawia Zamawiającego na ryzyko kursowe- W ocenie Izby, tego zarzutu nie była władna badać, gdyż nie został on uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu. Czynności Przystępującego do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 144 ust 5 P.z.p, nie mogą, pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W ocenie KIO postępowanie dowodowe wykazało, że czynność uwzględnienia protestu Konsorcjum firm: MAX 13 OGL Polska- Spółka z o.o., Max BOGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S A- została powzięta z naruszeniem prawa albowiem Odwołujący wniósł prawidłowo wadium przed upływem terminu złożenia oferty w wymaganej kwocie, a więc nie naruszył wskazanych w proteście przepisów art. 45 ust. 1, ust. 3, ust. 6 P.z.p., art. 46 ust 5 pkt. 2 i 3 P.z.p. Wybór oferty Odwołującego nie naruszał też art. 24 ust. 2 pkt. 4 P.z.p., art 24 ust- 4 ustawy, art. KV ust i pkt 5 ustawy, art. 91 ust- 1 ani art. 7 ust. 1 P.z.p. Bez pewności zagrożenia celów, dla których wadium jest składane i wykazania tego faktu, Zamawiający nie może eliminować z postępowania wykonawcy, który złożył prawidłową i najkorzystniejszą ofertę. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. oraz na podstawie art.

191 ust. 2 pkt. 1 ustawy P.z.p, nakazała Zamawiającemu podjęcie czynności określonych w sentencji wyroku. Przez niniejsze czynności uwzględnienia protestu Konsorcjum firm: MAX 13 OGL Polska Spółka z o.o., Max BOGL Bauunternehmung GmbH & Co KG, Budimex Dromex S.A. Izba stwierdziła, iż wybór oferty Odwołującego pozostaje w mocy.

W dniu 09 lutego 2019 roku Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 02 marca 2019 roku złożyło Konsorcjum składające się z firm: Max BOGL Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Max BOGL Bauunternehmung GmbH & Co. KG a siedzibą w Sengen (Niemcy) oraz Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie, zaskarżając w wyrok w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie;

1. art. 188 ust- 4 i ust. 7 Prawa Zamówień Publicznych poprzez przekroczenie przez KIO granicy swobodnej oceny dowodów na skutek;

a. dopuszczenia dowodu z oświadczenia Alpha Bank A.E. Psycho Branch z 25 lutego 2019 roku i nadania mu pierwszorzędnej roli dowodowej, podczas gdy oświadczenie to nie powinno mieć decydującego wpływu na ustalenie treści Gwarancji, bowiem nie stanowi ono wykładni tej Gwarancji, ale prowadzi do faktycznej zmiany jej treści,

b. oparcie się wyłącznie na oświadczeniu Alpha Banku do wyjaśnienia treści oświadczenia woli tego banku zawartego w dokumencie gwarancji udzielonej przez Alpha Bank A.E. Psycho Branch 4 grudnia 2018 roku,

c. pominięcia dokonanych przez tłumaczy przysięgłych i przedłożonych do akt sprawy tłumaczeń Gwarancji przy ustalaniu jej treści i oparcia ustaleń faktycznych w zakresie treści dokumentu C. tworzącej wyłącznie na ww. oświadczeniu. Alpha Banku,

d. nie dokonania ustalenia polskiej treści pierwotnej Gwarancji i ustalenia, że Gwarancja ma treść taką, jaką nadało jej oświadczenie Alpha Banku,

e. nieprzeprowadzenia dowodu z opinii biegłego tłumacza przysięgłego w celu ustalenia polskiego znaczenia pierwotnej treści Gwarancji,

f. przyjęcia iak« dowodu wydruku zamieszczonego na stronie Urzędu Zamówień Publicznych tłumaczenia na język angielski Prawa Zamówień Publicznych i nadanie temu wydrukowi mocy dowodowej, w sytuacji gdy stosowane odpowiednio przepisy k.p.c. nie znajdują (tękiego śn>dkii dowodowego jak wydruk. ze strony internetowej a ponadto wydruk taki nie stanowi dowodu z dokumentu urzędowego lub prywatnego zdefiniowanego w art. 245 i art. 246 k.p.t.,

2. art. 45 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych poprzez przyjęcie że Odwołujący się wniósł wadium w wymaganej wysokości w terminie, tj. przed upływem terminu składania ofert, mimo iż dofiszczanie możliwości uzupełnienia wadium po terminie składania, ofert i zezwolenie na dokonanie zmiany treści Gwarancji oświadczeniem .Alpha Bank jest niedopuszczalne na mocy powyższego przepisu;

3-5 18 pkt. 1 oraz pkt. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia (12 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez przyjęcie iako dowodu sporządzonego w języku angielskim tekstu zawierającego treść przepisu art. 173 stanowiącego grecki odpowiednik art- 65 polskiego Kodeksu cywilnego i oparcie na nim skazanego wyroku, mimo nie przedłożenia jego tłumaczenia przysięgłego;

4. sprzeczność istotnych ustaleń dokonanych przez KIO z zebrany materiał dowodowy polegająca w szczególności na przyjęciu, iż Odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy oraz że treść Gwarancji jest zgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz art. 46 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych;

5. art. 1183 k.p.c. w związku z art. 184 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz naruszenie art. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez nierówne traktowanie stron w postępowaniu przed KIO i umożliwienie tym samym Odwołującemu się poprawienie treści Gwarancji na etapie postępowania przed KIO, a co za tym idzie uniemożliwienie Zamawiającemu dokonania wiążącego hadania i oceny ofert oraz prawidłowości wniesienia wadium na etapie postępowania przed Zamawiającym.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o:

- 1, rozpatrzenie niniejszej skargi;
- 2, zmianę raskarzonego wyroku KTO w całości poprzez oddalenie wniosków w dniu 19 lutego 2009 roku odwołania od rozstrzygnięcia protestu;
- 3, zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez sądem, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargą [lic Zaskługiwała się a uwzględnienie.

Przedmiotem zarzutu skarżącego, feró-re po myśli art- 198 ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (13z. li. z 2ff)7 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm-) stanowiły materiały zarzutów pmlslu z dnia 27 stycznia 20(1*3 roku, była prawidłowość - kwestionowana na kilka płaszczyznach — wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta uznana została przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Jak stanowi norma ifL 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 uSL 6. Zgodnie z ustępem 3. powołanego przepisu wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. W myśl zaś ustępu 6. -wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275).

Zgodnie z punktem IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium w wysokości 1,000,000 PLN. W przypadku wykonawców obiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wadium (w każdej z dopuszczalnych form) mogło być wniesione przez jednego, kilku lub wszystkich wykonawców, pod warunkiem że łączna wysokość wniesionego wadium odpowiadać będzie kwocie 1,000,000 PLN. W takim zaś przypadku składając wadium należało wskazać w imieniu kogo i tytułem jakiego postępowania jest wnoszone. Wadium należało wnieść przed upływem terminu składania ofert (pkt. IX 4 i 5 SIWZ), z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą — zobowiązanie gwaranta, poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w przepisach art. 46 ust. 5 P.z.p. (pkt. IX 7 SIWZ).

Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Idk¹ AVAX S.A. z siedzibą w Atenach (Grecja), Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WR(JH)S” S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Modern Construction Design Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożyły wadium między innymi w postaci gwarancji bankowej Alpha Bank A-F- Psychico Bank z siedziby w Atenach (Grecja) udzielonej dnia 04 grudnia 2008 roku.

Przed wszystkim na wstępie wskazać należy, iż Ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie podaje definicji wadium. Wskazane jest więc dla określenia istoty tej instytucji posłużenie się definicją zawartą w art. 70¹ k.c., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Porządkując należy, iż celem wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta, została wybrana jako najkorzystniejsza (Prawo Zamówień Publicznych — Komentarz, Jerzy Pieróg, Wydawnictwo CH, Beck Warszawa 2009 r., s. 200j. Rola wadium kończy się w momencie zawarcia umowy.

Na gruncie prawa krajowego, w odniesieniu do złożonego rodzaju zabezpieczenia stanowiącego gwarancję bankową, wskazać trzeba, iż stosownie do art. 1 ust. 1 Ustawy z 27 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe [Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 655 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 w określonej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Przedmiotowa regulacja ma charakter bezwzględnie obowiązujący, jednak ramowy charakter definicji pozostawia dużą swobodę w kształtowaniu szczegółów treści tej czynności prawnej. W literaturze przedmiotu przedstawia się różne typy gwarancji, wskazując jako kryterium: przedmiot zabezpieczenia, treść gwarancji, liczbę banków, warunki wypłaty sumy gwarancyjnej itp. Różnorodność typów gwarancji bankowych implikuje zatem naturalne pytanie o prawidłową treść gwarancji bankowej na gruncie ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Do elementów istotnych gwarancji bankowej należy zaliczyć wskazanie obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej odpowiadającej wysokości kwoty wymaganego wadium. Brak oznaczenia sumy gwarancyjnej oznacza, iż mamy do czynienia z

gwarancją innego rodzaju niż r+w rozumieniu art. 117 Bank. Tej zaś nie można uznać za czynność wystarczającą w świetle przepisu art. 45 ust. 3 pkt. 3 P.z.p. Suma gwarancyjna powinna opiewać na określoną walutę, Gwarancja bankowa powinna mieć charakter terminowy i nie może być odwoływalna. Obligatoryjny element gwarancji bankowej stanowią warunki jej zapłaty. W literaturze przedmiotu ze względu na warunki wypłaty sumy gwarancyjnej, przyjmując za podstawowe kryterium stopień pokrycia się przesłanek formalnych z przesłankami merytorycznymi, wyróżnia się gwarancję: bezwarunkową, dokumentową, z klauzulą rzeczywistego zrealizowania się zabezpieczonego rezultatu (Gwarancja Bankowa jako forma wniesienia wadium — kontrowersje interpretacyjne; Michał Makowski Jur. Kwartalnik PZJ numer 2 (17) z 2011 r. t.),

Dokonując oceny przedmiotowej gwarancji bankowej należy jednak w pierwszym rzędzie mieć na uwadze fakt, iż nie jest udzielona przez bank krajowy, a dodatkowo zgodnie z art. 7, jej treścią podlega ona jednolitym Regulom dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (pnbL Międzynarodowa Tzba Handlowa Nr 459).

Powyższe okoliczności determinują ocenę skuteczności zabezpieczenia interesów zamawiającego z punktu widzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Ustawy Prawo Zamówień Publicznych ale przy zastosowaniu zasad wykładni prawa europejskiego, w tym wspomnianych jednolitych Regul dla Gwarancji Płatnych na Żądanie,

Tytułem wstępu wskazać należy, iż wspólnotowe prawo zamówień publicznych obejmuje procedury udzielania zamówień publicznych oraz procedury rozpatrywania środków odwoławczych. W związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej procesy udzielania zamówień publicznych przez polskich zamawiających zostały również poddane zasadom przyjętym w prawie wspólnotowym. Prawo wspólnotowe jest szczególnym, autonomicznym porządkiem prawnym. Ma swoje źródła w umowach międzynarodowych, których stronami są państwa członkowskie, jednak, posiada cechy, które odróżniają je zarówno od systemu prawa międzynarodowego, jak i od systemu prawa krajowego. Prawo wspólnotowe reguluje nie tylko stosunki prawne pomiędzy państwami członkowskimi, ale również może bezpośrednio oddziaływać na prawa jednostek - osób fizycznych, osób prawnych i innych podmiotów publicznych. Niektóre przepisy prawa wspólnotowego posiadają bezpośrednią skuteczność, co oznacza, że jednostki mogą się na nie powoływać bezpośrednio przed sądami krajowymi w celu dochodzenia swoich roszczeń. Państwa członkowskie przeniosły na Wspólnotę Europejską część swoich praw konstytucyjnych w sferze legislacji, tworząc ponadnarodową władzę publiczną, która może

wydawać akty prawne bezpośrednio stosowane w poszczególnych krajach. Akty prawne przyjmowane przez organy Wspólnot Europejskich nie wymagały ratyfikacji ani też nie mogły być uchylane przez krajowe porządki prawne. Państwa członkowskie zobowiązały się do stosowania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, co oznacza, że w razie sprzeczności pomiędzy normami krajowymi a normami wspólnotowymi organy stosujące prawo powinny wybrać przepis prawa wspólnotowego. Uzasadnieniem dla takiego działania jest autonomia i jednolitość porządku prawnego oraz skuteczność jego jednolitego stosowania we wszystkich państwach członkowskich. W przypadku gdy dane przepisy nie mogą być bezpośrednio stosowane przez sądy krajowe (przykładowo niektóre przepisy dyrektyw), są one zobowiązane do takiej wykładni prawa krajowego, która będzie starała się uwzględnić cel prawa wspólnotowego. Pojęcia stosowane w prawie wspólnotowym należy z reguły interpretować autonomicznie i jednolicie. Oznacza to, że organy stosujące prawo nie mogą zawężać wykładni takich wyrażen prawnych jedynie w nawiązaniu do pojęć funkcjonujących w prawie krajowym. Takimi wyrażeniami prawa wspólnotowego są przykładowo pojęcia "państwa"¹, "zamawiającego"¹ czy termin "zamówienia". Taka zasada wynika z obowiązku efektywnego i jednolitego stosowania prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich. Jeśli jednak z brzmienia przepisów prawa wspólnotowego wynika nawiązanie do prawa krajowego, to dane pojęcia należy

interpretować w świetle prawa wewnętrznego danych państw członkowskich (przykładowo pojęcie "osoby prawnej"). W przypadku implementacji przepisów dyrektyw, jeśli prawo krajowe stosuje takie same wyrażenia prawnicze jak wdrażana dyrektywa, to co do zasady należy je interpretować: w sposób autonomiczny.

Wskazać zatem należy, iż w dniu 1 maja 2000 roku Komisja Wspólnot Europejskich przyjęła projekt nowej dyrektywy klasycznej, dotyczącej udzielania zamówień publicznych na dostawę, usługi i roboty budowlane, który w zamierzeniu miał zastąpić trzy obowiązujące dyrektywy klasyczne: 93/37, 93/36 i 92/511. W dniu 31 marca 2004 roku na podstawie tego projektu została przyjęta obecnie obowiązująca, po raz pierwszy, jedna dyrektywa klasyczna 2004/18/EC (OJ- L 134/114). Dyrektywa 2004/18 w jednym akcie prawnym, koordynuje procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane i uchyla obowiązujące do tej pory dyrektywy: 92/50, 93/36 i 93/37.

Dyrektywy są aktami pochodnego prawa wspólnotowego, a ich zastosowanie w krajowym porządku prawnym jest zasadniczo uzależnione od działań legislacyjnych podjętych przez państwa członkowskie. Dyrektywy wiążą państwa członkowskie co do celu

19 | S t r o n a

i zobowiązują do implementacji ich postanowień w określonym czasie (na temat sposobów implementacji por. B. Kurcz, Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego. Zakamycz 20(14). Nie oznacza to jednak, że możliwość zastosowania dyrektywy pojawia się dopiero po implementacji jej postanowień do prawa krajowego. Niektóre z przepisów dyrektyw mogą mieć skutek bezpośredni, -co oznacza, że jednostki - osoby fizyczne i osoby prawne - będą się mogły powoływać na takie regulacje prawa wspólnotowego w celu ochrony swoich praw. Przepisy dyrektyw będą miały skutek bezpośredni, jeśli państwo nie implementuje dyrektywy w przewidzianym terminie lub implementacja nie będzie prawidłowa, a konkretne przepisy, z uwagi na ich precyzyjność i przyznane uprawnienia, będą się nadawać do bezpośredniego stosowania, jednostki mogą bezpośrednio wywodzić swoje prawa jedynie z tych przepisów dyrektyw, które mają charakter bezwarunkowy i są wystarczająco precyzyjne, a skuteczność i realizacja uprawnień nie jest uzależniona od jakichkolwiek aktów wykonawczych państw członkowskich. Przepisy dyrektywy muszą w sposób precyzyjny określać krąg podmiotów uprawnionych, treść przyznanych im praw oraz podmiot obowiązany do realizacji takich uprawnień (Kl. Alt, M. Szpurta, Prawo Warszawa 2005, s. 40).

W związku z tym, że dyrektywy wiążą tylko państwa członkowskie, do których są skierowane, bezpośrednia skuteczność dotyczyć będzie tylko relacji państwo - jednostka, przy czym pojęcie "państwa"¹¹ musi być interpretowane w świetle prawa wspólnotowego. Bezpośredni skutek będą posiadały tylko te przepisy dyrektywy które przyznają jednostkom określone uprawnienia; państwo, które nie implementowało prawidłowo dyrektywy, nie ma prawa żądać realizacji nałożonych w dyrektywie obowiązków. Z tego też powodu zasadniczo wykluczony jest bezpośredni skutek dyrektyw w relacjach państwo - jednostka, ponieważ uprawnienie jednej jednostki wiązać się będzie z obowiązkiem drugiej, który bez prawidłowej implementacji nie może być nakładany na jednostki jedynie z mocy samej dyrektywy. Podmioty prywatne nie mogą być obciążane negatywnymi skutkami wynikającymi z nieprawidłowej implementacji dyrektywy, która przecież jest skierowana do państw członkowskich, a nie do jednostek,

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości funkcjonuje bardzo szeroka definicja pojęcia "państwa". Obejmuje ona nie tylko organy administracji centralnej lub samorządowej lub inne organy wykonujące władzę publiczną ale również podmioty podporządkowane władzy państwowej, znajdujące się pod jej kontrolą i wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne (Toster and Ertisib Gas, C-188/89, ECR 1990, s. 1-3313).

W doktrynie prawa wspólnotowego zwrócić się uwagę na bezpośrednią skuteczność dyrektyw w tzw. relacjach regulacyjnych. Będą to przypadki, w których bezpośrednio zastosowanie przepisu dyrektywy w celu jej realizacji - państwo prowadzić będzie do

narządzenia interesu innej jednostki. Jako przykład można podać sytuację, w której jeden z przegranych uczestników postępowania przetargowego, powołując się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy, zakwestionuje legalność decyzji podjętej przez zamawiającego. Jeśli przedmiotową decyzją będzie wybór ofert, to rzeczywiste konsekwencje unieważnienia decyzji zamawiającego dotyczyć będą wykonawcy, którego ofertę wybrano na mocy zakwestionowanej decyzji, mimo iż stronami komentowanej relacji będą jednostka (uczestnik postępowania) i państwo (zamawiający będący organem administracji), mimo że taka nie znalazła jednoznacznego rozstrzygnięcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (M, Alt, M. Szpunar, *„The right to a fair trial”*, 3A).

Mimo nieprawidłowej implementacji przepisów dyrektywy lub nawet jej braku, organy stosujące prawo i dziedziny zamówień publicznych * sądy i zespoły arbitrowe - są obowiązane do dokonywania "pełnego i wiernego" wykładni prawa polskiego. Podjęta interpretacja powinna w maksymalnym stopniu uwzględniać cele dyrektyw, jeśli nie jest możliwe bezpośrednie zastosowanie konkretnych przepisów dyrektyw. W przypadku przepisów nadających się do bezpośredniego stosowania, sądy i zespoły arbitrowe powinny je uwzględniać z urzędu.

Przepisy dyrektyw bardzo często mają charakter przepisów ogólnych, gwarantujących minimalne uprawnienia lub zobowiązujących do określonych obowiązków. Ich interpretacja musi się odbywać z uwzględnieniem celu przyjętej dyrektywy i zakresu swobodnej kompetencji, pozostawionej państwom członkowskim. Niektóre uregulowania mogą być wprowadzone przez ustawodawcę krajowego, lecz nie jest on do tego zobowiązany (przykładowo zamówienia dokonywane przez centralne jednostki zakupujące), w przypadku natomiast, innych postanowień ustawodawca krajowy ma możliwość szerszego zastosowania, przepisów dyrektywy (przykładowo obniżenie stóp kwotowych) (patrz Komentarz do dyrektywy 2004/18/WK Padanaen.ru. Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.d.134-14), [w:] A. Sołtyńska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycz 2004 r.).

Jak wynika zatem z art. 1, do Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania

21 | Strona

zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L. 2004.3-4.1 M) oparta jest ona na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności na orzecznictwie dotyczącym kryteriów udzielania zamówień, wyjaśniającym możliwości zaspokajania przez instytucje zamawiające potrzeb zainteresowanych odbiorców publicznych, w tym w zakresie aspektów ochrony środowiska lub aspektów społecznych, pod warunkiem, że kryteria takie są związane z przedmiotem zamówienia, nie przyznają instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, są wyraźnie określone i zgodne z **fundamentalnymi zasadami**, o których mowa w motywie 2. Udzielanie zamówień, na które w Państwach Członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu **terytorialnego lub innych** podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu, w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, **Zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości**. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarte zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wytycznymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami Traktatu.

Mając zatem na względzie powyższe reguły interpretacyjne, które w pierwszym rzędzie, a zatem przed prawem krajowym, winny znaleźć zastosowanie przy ocenie skuteczności udzielonego zabezpieczenia, w ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowa

gwarancja w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Powołując się zatem na zasadę niedyskryminacji, wyrażoną w powołanej Dyrektywie stwierdzić należy, iż nie może budzić wątpliwości możliwość uczestnictwa w postępowaniu przetargowym podmiotów zagranicznych, a w konsekwencji także zabezpieczenia ofert występujących podmiotów przez zagraniczne instytucje bankowe. To zaś prowadzi do wniosku, iż dopuszczalne jest udzielenie gwarancji bankowej w języku, którym posługuje się dany podmiot, a fakt ten nie narusza postanowień art. 9 ust. 2 P.z.p. Zasadą zatem obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzenie postępowania w języku polskim, co oznacza że dokumentacja, a także protokoły wraz z załącznikami opracowanymi przez Zamawiającego, a także ogłoszenie, zaproszenie czy

SIWZ sporządzane są w języku polskim. Wyjątkiem zaś od tej zasady jest możliwość złożenia oferty i **innych dokumentów** w języku powszechnie uznawanym w handlu międzynarodowym (Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz, Jerzy Pieróg; Wytwórczo (-H. Beck Warszawa 2007 r., s. 60)).

W tym kontekście zwrócić uwagę należy, iż błędnym jest stanowisko skarżącego, który przykładając nadmierną wagę do literalnego brzmienia tłumaczenia tego dokumentu, po pierwsze pojmując całkowicie rzeczywistą treść tej gwarancji, po wtóre wadliwie, bo wbrew wymogom SIWZ zawartym w pkt. IX. 7 oraz przepisom ustawy, wymaga powtórzenia w gwarancji treści przepisów, w tym między innymi mamy art. 46 P.z.p., w sytuacji kiedy taki obowiązek na podmiocie udzielającym gwarancji nie spoczywa.

Jednocześnie i kategorycznie stwierdzić należy, iż gwarancja w swej treści musi zabezpieczać należycie interesy Zamawiającego, co oznacza iż jej postanowienia muszą odpowiadać wymogom SIWZ i przepisów ustawy, innymi słowy jak stwierdza SIWZ „z treści gwarancji należy to wynikać”, nie zaś je literalnie powtarzać (cytować).

Po pierwsze zatem przedmiotowa gwarancja poddana została porządkowi Jednolitych Regulacji dla Gwarancji Płatnych na Żądanie stanowiących ogólne warunki umów w obrocie międzynarodowym przyjętych w grudniu 1991 r. w Paryżu przez Międzynarodową Izbę Handlową (tj. w j. pol. *HuJeJur Demrnti Gnewtai* pub]. *MIH* nr 45H) (Prawo Bankowe - Komentarz - Mirosław Bączek, Eugenia Bojczik-Łęska, Lesław Góral, Jerzy Piśulski i Wojciech Pyziół; LEXNesw Wydanie 5; Warszawa 2007 r., s. 321), Stanowiąc wyraz stosowania klauzuli zapłaty „na pierwsze żądanie”. Udzielenie tego typu gwarancji ma na celu uniknięcie wszelkich problemów pojawiających się przy realizacji uprawnień z gwarancji, które określają różnego rodzaju przesłanki żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Gwarancja na „pierwsze żądanie” ma na celu zabezpieczenie **w sposób zupełny** interesów beneficjenta. Gwarantowi ma zaoszczędzić dokonywania jakichkolwiek ocen innych stosunków prawnych czy też oceny prawidłowości przedkładanych mu dokumentów, jako koniecznych przesłanek żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Realizacja uprawnień beneficjenta do omawianego rodzaju gwarancji następuje w drodze zgłoszenia gwarantowi żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Dodatkowe akty staranności z jego strony nie są wymagane. Gwarant natomiast nie może uzależnić swojego obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej od tego czy żądanie jest uprawnione, wymaga co irowicni czynności sprawdzających. Dokonanie takich czynności byłoby natomiast sprzeczne z istotą omawianej gwarancji, która zakłada zapłatę sumy gwarancyjnej właśnie na pierwsze żądanie

2! | S t r a n a

beneficjenta. Klauzula oznacza rezygnację gwaranta z dokonania jakichkolwiek czynności mających na celu sprawdzenie czy zgłoszone żądanie beneficjenta jest uprawnione. Gospodarczo tego typu gwarancje pełnią dla ich beneficjenta taką samą funkcję jak depozyt pieniężny, dają mu bowiem możliwość natychmiastowego otrzymania środków pieniężnych w przypadku określonym w umowie gwarancji (Umowa gwarancji z uwzględnieniem gwarancji bankowej - Grzegorz Łaciński Zakamycze 1998 r., s. 232 i u). W literaturze gwarancje „na pierwsze żądanie”¹¹ zaliczane są do gwarancji bezwarunkowych. Jednakże podział na gwarancje warunkowe i

bezwarunkowe może być mylący, nie chodzi bowiem o warunek w znaczeniu art. 59 k-c- lecz o przesłanki aktualizujące obowiązek zapłaty przez bank. **W przypadku gwarancji bezwarunkowych znanych także jako gwarancje na pierwsze żądanie, bank tna obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, eż zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło** (rak Mirosław Bączyk jć, hż, s. 326). W praktyce obrotu najczęściej spotykana jest gwarancja

nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji (Komentarz do art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, **Prawo zamówień publicznych** [wrj M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. 1 Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych- Komentarz, LES, 2CHD7, wyd. III) i z taką właśnie gwarancją zdaniem Sądu, wbrew głosownym zarzutom skarżącego, mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, a żalem gwarancją bezwarunkową nieodwołalną płatną ns, pierwsze żądanie, a w konsekwencji właściwie zabezpieczającą interesy' Zamawiającego, zgodną zatem z wymogami specyfikacji isLotnych warunków zamówienia.

Bezasadny — w¹ Ocenie bądt - jest również zarzut naruszenia normy art. 45 ust. 3 w zw. z art. 46 ust- 5 P.z.p., który w ocenie skarżącego polegać miał na błędnej ocenie przesłanek zatrzymania wadium i przyjęciu, że gwarancja Alpha Bank spełnia wymagania ustawowe w tym **zakresie**.

Wyjaśnić na wstępie w tym zakresie należy, iż nie może budzić wątpliwości, iż wskazanie zabezpieczonego rezultatu jest elementem obligatoryjnym gwarancji, co następuje przez wskazanie stanu rzeczy, którego zaistnienie jest powodem żądania zapłaty przez beneficjenta (Michał Makowski, ó/j. di. s. 27). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno zaś nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust, 5 P.z.p.

Podkreślić jednak należy i wyraźnie zaakcentować, zwłaszcza w świetle wcześniejszej argumentacji wskazującej na konieczność pro wspólnotowej wykładni

24 | 5 tro rt a

oświadczeń wo!j zawartych w dokuitientaeli dotyczących postępowania w sprawie **zamówień publicznych, dopuszczających obcojęzyczne brzmienie tych dokumentów, że gwarant określając rezultat zabezpieczenia w treści listu gwarancyjnego, nie musi cytować brzmienia art- 46 ust- 5 P.z.p., jeżeli rezultatem zabezpieczenia jest „uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego¹¹ oraz „niewniesienie wymaganego zabezpieczenia”. Za nieprawidłowe należy natomiast uznać odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 5 P.z.p.** (Michał Mafcc.swski, *op. it.* g. 31).

W ocenie Sądu za zbędne uznać należy pogłębione rozważania skarżącego na temat tharakiem zakresu odpowiedzialności gwanmra ujętej w rat. 46 ust .5 pkt. 3 P.z.p. w kontekście analizy kodeksowego pojęcia winy.

Nicwąptttwk pojęcie przyczyn leżących po stronie wykonawcy** jest szersze niż „z winy wykonawcy¹ i/s/f Zespół Arbitrów- w wyroku z dnia 0!) lipca 2002 r. sygn. akt U2P/ZO/ił-74i5/02, ZPO 2002/1 /109; Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 05 stycznia 2007 r. sygn. akt L2P/ZO/0-3032/06; LEX 240313). Jednak wbrew twierdzeniem skarżącego treść przedmiotowej gwarancji nic zawęza odpowiedzialności gwaranta poza reguły wyznaczone przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Przed wszystkim błędnie słaizący ogranicza znacznie słowa „fouf!¹¹ do pojęcia „wina”. Jak stanowi zatem słownik angielsko-polski [*a Prueiñai Li>rijfjb - Pvtr.th DMearA* (pod redakcją Jąna Stanisławskiego, Katarzyny Bil lip i Zofii ChodłowsLiej; Wiedza Powszechna, Warszawa 1939 r., s. 2CJ0) oznacza; 1. wadę, 2. usterkę, 3. htąk, 4. błąd, **5. wine**, a

wreszcie 6. uskok. Jak wynika ?. powyższego nic jest podstawowym znaczeniem angielskiego

słowa polski odpowiednik „winy”, a zatem zbudowana w całości na tej podstawie

argumentacja jest chybiona. W ocenie Sądu przy ustaleniu znaczenia przedmiotowej gwarancji w przedmiocie realizacji trosignowien przepisu arb 4fi uat- 5 P.z.p. należy kierować się miarą należytej slaanfiosdL, kbórą gwarant winien zachować wystawiając przedmiotowe dokument- Jeżeli zatem jasnym jest, a w- kontekście przedstawionych uwag w zakresie dyrektywy prawa wspólnotowego nie może już budzić to wątpliwości, że dopuszczalnym jest formułowanie dokumentu gwarancji w obcym języku (tu angielskim), zaś Prezes Urzędu Zamówień Publicznych posługuje się na swojej oficjalnej stronie internetowej (hlfiy: / p.gov.pl/ en/legal- Frame wtitk Zpublic-tin mirement.

liw/Ptibhc.%2<Pręcurcmendśś,2ÓL.rA-%2łzis%2ikuueiikd%20in%2i2(y)S.pdf,i tożsamy

261S t r u .n a

angielskiejjęzycznii sformułowaniami opisującymi tionię art. 46 xisł. 5 pkt, 3 P.z.p., to w kontekście ocu dla którego gwarancja została wystawiona, a cel ten jasno jest sprecyzowany w tym dokumencie, wystarczającymi są cc postanowienia, jako spełniające wymogi cytowanego wyżej przepisu ustawy. Na marginesie w tym miejscu wskazać jedynie skarżącemu należy, iż w XX i wieku nie może już dziwić dowód ze stton internetowych www', który tu? dowód znajduje zastosowanie w postępowaniu cywilnym po myśli aro 308 k.p.c. w zw, z art. 309 Lpc.

W ocenie Sądu równie nieuzasadnionym, był zarzut naruszenia normy art 46 ust 5 pkt 2 P.z.p i to łtie Lylko z przedstawionych wcześniej argumentów, z których wynika iż brzmienie gwarancji stanowi prawidłowe zabezpieczenie interesów zamawiającego w rozumieniu powołanego przepisu. Przepis ten stanowi o uchybieniu przez wykonawcę, którego oierra została wybrana, zabezpieczenia gwarancji dobrego wykonania umowy, która jest zobowiązaniem banku do zapłaty określonej w gwarancji kwoty, w przypadku gdy zleceniodawca bądź nie wykona, bądź nienależyce wykona umowę i odmówi zapłaty' kat umownych (Prawne Zabezpieczenia MPięrzytelnosci - Izabela Hcropoliańska; Twiggei; Warszawa 2004 r., s 187), **Skutek jednak w postaci utraty gwarancji wadialnci następuje już w momencie nie uiBzczenra gwarancji Zabezpieczenia wykon ar^ią umowy**, zatem warunki realizacji gwarancji dobrego wykonania umowy, których istotę szczegółowo analizował skarżący, określane są dopiero w treści tej gwarancji nie zaś w gwarancji wadialnej, dta której istotnym jest sam fakt nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia, p którym mowa w arr. 46 ust, 5 pkt 2 I*.z.p.

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów, polegającego na ntewłąsęrywym - w ocenie skarżącego - oznaczeniu podmiotów ubiegających się o zamówienie w gwarancji bankowej udzielonej przez Alpha Bank AE Psychico Branch, stwierdzić w pierwszym rzędzie należy, iż gwarant opisując szczegółowo podmioty wraz z siedzibami tych podmiotów, jak również powołując przedmiot zamówienia o udzielenie, którego podmioty w ramach Konsorcjum, którego Liderem jest Mostostal Warszawa SA. z siedzibą w Warszawie się ubiegały, oznaczył podmiotowy zakres gwarancji, czego nie zmienia fakt oczywistej omyłki przy powołaniu jednej z tym przedmiotowych spółek w skróconej formie, Okoliczności tej sprawy' nie powodują zdaniem Sądu Orzekającego wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu podmiotowej odpowiedzialności gwaranta i jedynie jego nierzetelne wykonanie zobowiązania, które to działania wykraczają poza zakres oceny z punktu u widzenia zgodności gwarancji z SIWZ i Ustawą Prawo Zamówień Publicznych mogłoby nie zabezpieczyć

właściwych interesów Zamawiającego, Mając jednak na względzie priorytetowy charakter: w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim prócz wyboru najkorzysiniejszei ofert}', jest prawidłowe. zabezpieczenie interesów Zamawiającej>, zauważyć należy, iż do zabezpieczenia interesów' zamawiającego wystarczające jest aby dokument '■eadialny opiewał ■na któregokolwiek z wykonawców. ligzertiplifikację tego podejścia stanowi wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 marca 2ŚHP r. sygn. akt Lzp/ZO/Ó-229/07, W którym stwierdza się, że oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo iż w jej treści uwidoczniiony został Tvlko jeden z uczestników Konsorcjum. W uzasadnieniu Zespół Arbitrów wskazał, iż niema

przeszkód do uznania, że członkowie Konsorcjum odpowiadają także za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem, solidarnie (art- 166 k-c- i art. 170 k c. w zw. z art. 14 P.z.p.) ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, kiedy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po SŁCOllie któregośkolwiek Z uczestników Konsorcjum, w tym lidera Konsorcjum. Złożenie oferty w postępowaniu jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ielł wspólnego mienia w rozumieniu art. 37(t k.tc powodującego pows-Larue. solidarniej odpowitdzialnulti za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy. W tym duchu wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 c. sygn. akt IL Ca 489/06 (PZP z 2007 r., nr 4, s. 74), który przyjął, iż złożenie oferty i ubieganie się wspólnie przez Konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia w rozumienia att. 37(j kc., jtowodującym powstanie solidarniej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Rozwinięcie i dalszą argumentację w przedmiocie tego stanowiska przedstawiały również Zespoły Arbitrów w wyrokach z dnia 28 października 2005 t. (sygn. akt UZP/ZO/O-3119/05), z dnia 05 grudnia 2006 r. (sygn. akt L'ZP/ZO/0-28⁷U/£-6) oraz z dnia 07 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1603/06).

Wskazać w tym miejscu również należy na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2004 r., sygn. akt I ACa 885/03 (LEX nt 195710) gdzie Sąd stwierdza, iż Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stuaunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) "obowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konKotcjaulów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta, Konsorcjanei zobowiązują się do działań i świadczeń zmier^ają-cytl do osiągnięcia wspólnego edu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym do wspólnego działania, "Wspólność" celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w Kodeksie cywilnym, jest zatem Ltaklowana jako umową nienazwaną kreowaną treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353' k.c.

Jakkolwiek zatoru w doktrynie ptezentowaie jest przeciwne stanowisko negujące zasadę odpowiedzialności solidarniej (i jdr Michał Makowski, *op. nt-* s- 33 t n.), to w kontekście powyższych orzeczeń wydaje się ono być dyskusyjne.

Dodatkowo w przedmiotowej sprawie wskazać należy, iż Zamawiający dopuścił w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, by wadium (w każdej z dopuszczalnych form) mogło być wniesione przez jednego. kdku lub wszystkich wykonawców, W świetle powyższego prawidłowe zabezpieczenie interesów Zamawiającego w przedmiotowej gwarancji nie zostało naruszone, w konsekwencji czego nie doszło do uchybienia warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i przepisów arL 24 ust 2, pkt, 4 P.z.p.

Dodatkowo w ocenie Sądu Okręgowego należy odnieść się do zarzutów skarżącego, które z uwagi na sytuację procesową pomimo ich podniesienia w proteście, nie zostały ponowione w sprzeciwie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, mimo że w cenie Sądu, stanowią one istotny zarzut ważności co do skuteczności udzielonego przez Alpha Bank iahezpiec2euia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż nie jest władna badać zarzutu, że wadium w wymienionej gwarancji bankowej podano w niewłaściwej kwocie (zarówno w waturde EUR jak i PLN), co wystawia Zamawiającego na ryzyko kursowe albowiem nie ztiEfał on uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu. Czynności Przystępującego do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 1S4 ust. 5 P.z.p., nie mogą pozostawać w spizccność z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Przed wszystkim wskazać zatem należy, iż zgodnie z att 198 ust. 4 P.z.p. Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu. Zgodnie zaś z art. 194 ust. 2 P.z.p. w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy i dtnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego o apelacji

W postępowaniu apelacyjnym zaś Sąd drugiej instancji - bez względu na stanowisko

stron otąż zakres zarzutów - powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego,

czy zostały one wytknięte w apelacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09 kwietnia 2008 r., sygn. akt II PK 280/07 LEK nr 4691Ć Ł>).

Wskazać zatem należy, że do elementów istotnych gwarancji wadialnej należy zaliczyć również wskazanie obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej [alpowiadającej kwocie wymaganego wadium. W kontekście przedmiotowej gwarancji udzielonej przez zagraniczo-ą instytucję bankowy pojawia się pytanie o walutę gwaiancji.

W ocenie Sądu, w świetle powołanej dyrektywy prawa wspólnotowego, a także mając na względzie zmieniony z dnia 24 stycznia 2009 r- przepis prawa krajowego art. 358.k.c.,w 'wyniku której uchylona została zasada wahitowości, należy zrewidować dotychczasowe poglądy o konieczności wyrażenia kwoty gwarancji w polskich złotych. Za dopuszczalne zatem uznać należy wyrażenie kwoty wadium w walucie obcej, czyli jak w przedmiotowym wypadku w walucie euro, którą, posługuje się w obrocie hanfe udzielający gwarancji, przeliczanej na polskie złote. Pojawiające się zaś wówczas ryzyko kursowe obciążać będzie jednak wykonawcę korzystającego z tego rodzaju gwarancji, która podlegać będzie weryfikacji spełniania warunków z art. 45 ust. 1 i 3 P.z.p. na chwilę składania ofert i oceny 7. punktu widzenia powołanego przepisu oraz spełnienia wymagań kwotowych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowej sprawie z tego punktu widzenia gwarancja Alpha Bank spełnia wymogi bFWZ przenosząc znacznie (1.210.000 euro na dzień 19 grudnia 2008 r. stanowił równowartość 4.976.972 PLN) — wraz z pozostałymi dwoma gwarancjami na kwoty 3-510.000 PLN 11.080.000 PLN) - wymaganą sumę 9-000.000 PLN.

Reasumując, stwierdzić z całą stanowczością należy, iż gwarancja wadialna udzielona przez Alpha Bank A.E, Psychico Hrancli zabezpiecza w należyty sposób interes Zamawiającego, zgodna tym samym jest z normą art 45 ust 1, 5 i 6 pkt- 3 P.z.p., a zatem oferta Konsorcjum Mostostal Warszawa 5,A, z siedzibą w Warszawie, j&P AVAX S.A, z siedzibą w Atenach, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WR.OBIS” S _A. oraz Modern Construcion Design Spółka z o, o. z siedzibą w Poznaniu nie podlega wykluczeniu.

Tym samym podnoszone w treści skargi z dnia 09 marca 2009 r., uzupełnione następnie pismem z dnia 10 marca 2009 r., zarzuty oraz wskazywane naruszenia norm prawa, w świetle oceny prawidłowości udzielonego zabezpieczenia wadialnego, nie mogły odnieść zamierzonego skutku. Nie zasługiwały przy tym na uwzględnienie zgłoszone tam wnioski dowodowe. W ocenie Sądu były one częściowo zbędne dla rozstrzygnięcia tej

281 St to n a

sprawy, w części z id niedopuszczalne — jako spóźnione. W ocenie Sadu uczestnicy postępowania błędnie skupili się na wykładni prawą greckiego, wykazując się w tym zakresie inicjatywą dowodową, kiedy interpretacja przedmiotowej gwarancji na gruncie tych przepisów nie była uzasadniona. Również zgłoszony na rozprawie wniosek przeciwniku skargi o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków mający być przeprowadzony w drodze pomocy sadowej przez Sąd w Grecji, jako zmierzający do przewlekłości postępowaiia podlegał oddaleniu. Tak samo ocenić należało wniosek o odroczenie rozprawy z powodu doręczenia pełnomocnikowi przeciwnika skargi załącznika do protokołu nżprawy.

Jednocześnie wskazać należy, iż nic. podlegał uwzględnieniu wniosek przeciwnika skargi z dnia 11 kwietnia 2009 roku w przedmiocie jej odrzucenia. Bez potrzeby zbędnego powtarzania, zgodzić się w tym zakresie w całości należy z argumentacją skarżącego zawartą w treści pisma procesowego z dnia. 07 kwietnia 2009 roku, uznając iż nie miało miejsca naruszenie przejśisów art-195 ust 2 P.z.p. w zw. z art- 19+ ust 2 P.z.p. i arL 133 § 5 k.p.c- i nic zachodziły przesłanki do odrzucenia skargi na zasadzie art, 370 Łp.c.

Mając zatem na względzie, iż skarga Konsorcjum firm w składzie: Max KGGL Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Mai BOGL BauInternchnuing GmbH & Co, KG z siedzibą w Sentgenha.1, Niemcy oraz Budimea Droinex S.A. z siedzibą w Warszawie, była bezzasadna na zasadzie art- 198 ust. 2 zd. 1 P.z.p. w zw. z art- 385 k.p.c, podlegała oddaleniu, o czym otoczono jak w punkcie 1 wyroku.

Orzeczenie o kosztach postępowania sądowego znajdowało podstawy w normie art. 198 ust. 5 P.z.p. w zw. z art. 98 Łp.c. i art. 391 § 1 k.p.ę. oraz przepisami 5 6 pkt. 7 w zw, z § 12 ujl 1 pkt- 1 i § 2 ust- 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r, w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego 2 urzędu (Dz. UJ. z 2002 r., nr 163,poz. 13+9 z późn. zm.).