Sygn. akt: KIO 293/16

WYROK
z dnia 11 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **G.M. i Wspólnicy sp.j., Rethimno, Grecja** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **G.M. i Wspólnicy sp.j., Rethimno, Grecja** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.M. i Wspólnicy sp.j., Rethimno, Grecja** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **G.M. i Wspólnicy sp.j., Rethimno, Grecja** na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę **3 600 00**

---

gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący

……

Sygn. akt: KIO 293/16

UZASADNIENIE

W dniu 29 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (dalej „Zamawiający") w zakresie część 1, część 2, część 3 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „odnowę oznakowania poziomego dróg krajowych na terenie województwa kujawsko - pomorskiego w latach 2016-2017 z podziałem na części: część nr 1 - droga nr A-I, S5c, 5c, 91, część 2 - droga nr S5, 5, 5b, 15, 15c, 25, 56, 96, część 3 - droga nr S10, 10, 16, 55, 62, 67, 80, 95" niezasadny wybór jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 1 oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Drogownictwa S.A. z siedzibą Woskrzenice Duże, dla części nr 2 złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Drogownictwa S.A. z siedzibą Woskrzenice Duże, dla części nr 3 złożonej przez Freeway Service C. Spółka Komandytowa z siedzibą we Włocławku.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, że złożone przez Odwołującego wadium w postaci gwarancji bankowych nie

zabezpieczało w pełni interesów Zamawiającego;

2. art. 70¹ kodeksu cywilnego w zw. z 14 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez zastosowanie interpretacji przepisów dotyczących wadium wbrew ratio legis instytucji

wadium, tj. zabezpieczeniu interesów Zamawiającego w konkretnym stanie faktycznym. 3. Art. 45 ustawy Pzp poprzez zastosowanie interpretacji przepisów dotyczących wadium

wbrew ratio legis instytucji wadium, tj. zabezpieczeniu interesów Zamawiającego w konkretnym stanie faktycznym. - art. 65 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp,

poprzez jego niezastosowanie i pominięcie przy wykładni oświadczenia woli złożonego przez Bank zgodnego zamiaru stron i celu umowy oraz nie wzięcia pod uwagę

okoliczności w których zostało złożone wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej: dla części 1 przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe
Drogownictwa S.A, z siedzibą Woskrzenice Duże oraz czynności wykluczenia G.M. I

WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji i odrzucenia oferty G.M. I
WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty
najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji, dla części 2 przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Drogownictwa
S.A. z siedzibą Woskrzenice Duże oraz czynności wykluczenia G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji i odrzucenia oferty G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA
JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia
czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji, dla części 3 Freeway
Service C. Spółka Komandytowa z siedzibą we Włocławku oraz czynności wykluczenia G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji i odrzucenia oferty G.M. I
WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty
najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty G.M. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA, z siedzibą w Rethimno w Grecji.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi
postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odnowę oznakowania poziomego dróg krajowych na terenie województwa kujawsko - pomorskiego w latach 2016-2017 z podziałem na
części: część nr 1 - droga nr A-l, S5c, 5c,91, część 2 - droga nr S5, 5, 5b, 15, 15c, 25, 56, 96,
część 3 - droga nr SlO, 10, 16, 55, 62, 67, 80, 95".

Pismem z dnia 23 lutego 2016 roku Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu powołując jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.
W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego wadium w postaci dokumentów gwarancji bankowych nr GRA021981, nr GRA021982, nr GRA 021983 z
dnia 15 grudnia 2015 roku nie zawierało zabezpieczenia Zamawiającego w postaci możliwości zatrzymania wadium, w sytuacji gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w
art. 26 ust. 3 z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym,

że nie należy

do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt, 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako
najkorzystniejszej".

Odwołujący wskazał, że celem instytucji wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania
ofertą. Ustawa Pzp nie podaje definicji wadium. Wskazane jest więc dla określenia istoty tej instytucji posłużenie się definicją zawartą w art. 70(4) § 1 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. W ocenie Odwołującego funkcje
wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób
zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w

przetargu podmiot od zawarcia umowy. Rola wadium kończy się w momencie zawarcia umowy.

Odwołujący wskazał dalej, że w ustawie Pzp określono zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy jego wnoszenia, zasady jego zatrzymania oraz zwrotu. W literaturze wskazuje się, że funkcjami wadium są przede wszystkim: zapewnienie wiarygodności majątkowej uczestników przetargu (aukcji) przez wprowadzenie bariery majątkowej oraz zapewnienie zawarcia umowy w przypadku, gdy jej ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie (por. A.W. , Zawarcie umowy..., s. 69-71). Znaczenie wadium polega na zminimalizowaniu niebezpieczeństwa udziału w przetargu (aukcji) osób działających w sposób lekkomyślny lub w złej wierze. Wadium zabezpiecza także Zamawiającego w postępowaniach udzielanych w trybie ustawy PZP przed niesolidnym, nieuczciwym wykonawcą oraz przed ewentualną zmową wykonawców. Instytucja wadium ma zatem pełnić funkcję zabezpieczającą Zamawiającego przed ewentualnym ryzykiem grożącym jej ze strony niesolidnych lub nieuczciwych wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym stanie faktycznym złożył wadium w postaci gwarancji bankowych nr GRA021981, nr GRA021982, nr GRA 021983 z dnia 15 grudnia 2015 roku, które w sposób wyraźny zabezpieczały Zamawiającego przed uchylaniem się przez Odwołującego się od zawarcia umowy (zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 5 Pzp) oraz przed brakiem uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W treści gwarancji bankowej nie znalazły się co prawda zapisy expressis verbis wskazujące na możliwość zatrzymania przez Zamawiającego wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24

---

ust. 2 pkt. 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt. 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Jednakże co podkreślił Odwołujący, w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył on wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dokumenty dotyczące grupy kapitałowej. Odwołujący się także nigdy nie został zobowiązany przez Zamawiającego do uzupełniania dokumentów dotyczących grupy kapitałowej, czy też wyrażania zgód w przedmiocie poprawiania omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego w takich okolicznościach faktycznych ryzyka, których zdaniem Zamawiającego nie zabezpieczało wadium w spornym postępowaniu nigdy nie wystąpiły. Wykluczenie zatem oferty Odwołującego z powołaniem się przez Zamawiającego na zarzut, nie zabezpieczenia przez wadium Wykonawcy wszystkich ryzyk opisanych w art. 46 ust. 4a Pzp jest nieuzasadnione w sytuacji, gdy ryzyka te nie wystąpiły. Odwołujący podkreślił, że wadium pełni funkcję zabezpieczającą. Wadium nie ma zaś funkcji represyjnej. Zaskarżona czynność Zamawiającego w postaci wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty nie realizuje zaś funkcji zabezpieczającej wadium. Na obecnym etapie postępowania można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że ryzyka, które zdaniem Zamawiającego nie są zabezpieczone, nie wystąpiły w niniejszym postępowaniu i wystąpić już nie mogą. Ergo odpadła podstawa do zabezpieczania się przed tymi ryzykami.

Ponadto Odwołujący wskazał, że niezależnie od ww. zarzutów, iż z treści spornych gwarancji bankowych wynika, iż zostały one sporządzone z uwzględnieniem zobowiązań wykonawcy wynikających z oferty Odwołującego. W pkt 2 formularza oferty wykonawca oświadczył, iż zapoznał się z SIWZ (...) i uznaje się związanym określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania. Tymczasem pkt 11.3 SIWZ określa wszystkie sytuacji, w których Zamawiający upoważniony jest do zatrzymania wadium. Bank udzielający gwarancji określając zakres swoich zobowiązań w stosunku do Zamawiającego powołał się na treść Oferty złożonej przez Wykonawcę. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykładnia treści gwarancji potwierdza, że zabezpiecza ona wszystkie wymienione w pkt 11.3 SIWZ. Dla ustalenia treści gwarancji bankowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajduje bowiem kodeks

cywilny wskazujący na reguły rządzące wykładnią oświadczeń woli. Odwołujący wskazał na art. 65 § 1 k.c. (oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone

zwyczaje), które niewątpliwie należy uwzględnić, ustalając treść gwarancji wadialnej.
Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07), w którym Sąd ten odniósł się do zasad wykładni wynikających z art. 65 k.c.
zwracając uwagę, iż "ustalając znaczenie oświadczenia woli, należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.).

Odwołujący wskazał, że zarówno w jego opinii jak i Banku udzielającego gwarancji, wykładnia treści gwarancji potwierdza, iż Gwarant poprzez odwołanie do treści Oferty Wykonawcy, a co za tym idzie SIWZ zabezpieczył w nich wszystkie wymienione w pkt. 11.3 SIWZ ryzyka Zamawiającego. Dowód: pismo Gwaranta wraz z tłumaczeniem na język polski. Ponadto Odwołujący wskazał, że od początku bardzo sumiennie podszedł do stawianych przez Zamawiającego wymagań. Gwarancje wadialne, które złożył zabezpieczały okres znacznie dłuższy niż tego domagał się Zamawiający. Pierwotnie złożone przez Odwołującego gwarancje bankowe zabezpieczały okres do dnia 21 grudnia 2016 roku. W dniu 16 grudnia 2015 roku Zamawiający zmienił SIWZ m.in. w części dotyczącej terminu otwarcia ofert. W tym stanie rzeczy Odwołujący poinformował Gwaranta o zmianie SIWZ. W wyniku powziętej informacji Gwarant w dniu 23 grudnia 2015 roku poinformował Zamawiającego (na stronie 3 każdej ze spornych gwarancji wadialnych), iż na życzenie Klienta poprawiona została treść gwarancji w zakresie terminu złożenia oferty, zamiast określenia „która ma być złożona w dniu 21 grudnia 2015 roku” na „która ma być złożona w dniu 4 stycznia 2016 roku”. Ponadto, w związku z pismem Zamawiającego GDDKiA.O.BY.D-3.2412.16.2.mp.2015.58 z dnia 28.01.2016 wzywającym Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia wadium, Gwarant nie tylko potwierdził pismem z dnia 29 stycznia 2016 roku, iż został poinformowany o przedłużeniu terminu związania ofertą przez Wykonawcę, ale także potwierdził swoje zobowiązania wynikające z gwarancji wadialnych. W ocenie Odwołującego ta okoliczność wskazuje na rzetelność i transparentność wykonawcy w relacjach zarówno z Gwarantem, jak i Zamawiającym. Dowód: pisma Zamawiającego oraz gwarancje bankowe wraz z uzupełnieniami.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 4 grudnia 2015 r., wraz ze zmianami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) pismo Alpha Bank z dnia 29 lutego 2016 r. na okoliczność ustalenia zakresu zobowiązania gwarancyjnego banku.

Na podstawie powyższych informacji Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odnowa oznakowania poziomego dróg krajowych na terenie województwa kujawsko - pomorskiego w latach 2016-2017 z podziałem na części: część nr 1 - droga nr A-I, S5c, 5c, 91, część 2 - droga nr S5, 5, 5b, 15, 15c, 25, 56, 96, część 3 - droga nr S10, 10, 16, 55, 62, 67, 80, 95”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2015 r.

Izba ustaliła, że w Rozdział XI SIWZ Zamawiający określił wymagania co do wadium. Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości

odpowiednio dla: (i) części 1 zamówienia – 50,000 zł; (ii) części 2 zamówienia – 65,000 zł; (iii) części 3 zamówienia – 70,000 zł. W pkt 11.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert. W pkt 11.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku wnoszenia wadium w postaci gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei w pkt 11.6 SIWZ Zamawiający opis przypadku, w których będzie uprawiony do zatrzymania wadium, wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący wraz z ofertą złożył trzy gwarancje bankowe z dnia 15 grudnia nr GRA021983, GRA021982 oraz nr GRA021981 wystawione przez Alpha Bank na kwotę odpowiednio 50,000 zł, 65,000 zł oraz 70,0000 zł. Zgodnie z ich treścią bank zobowiązał się do wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie w przypadku, gdy wykonawca: (1) nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, po otrzymaniu informacji, że jego

---

oferta została wybrana w okresie ważności gwarancji i: (a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego za warunkach określonych w ofercie; lub (ii) nie złożonych wymaganej gwarancji należytego wykonania; lub (iii) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie; (2) w odpowiedzi na prośbę o uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że ich niezłożenie powstało z przyczyn leżących po jego stronie.

W dniu 8 marca 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania 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. W myśl art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszcza informacje dotyczące wadium. Jeżeli zamawiający zażąda od wykonawców wniesienia wadium, to niedochowanie tego obowiązku w terminie

---

przed upływem terminu składania ofert skutkuje wykluczeniem go z postępowania. Wskazać dalej należy, że zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do zatrzymania 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. Zamawiający ma prawo również zatrzymać wadium wraz z odsetkami, jeżeli

wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wadium nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Mając jednak na uwadze treść odesłania zapisanego w art. 14 ustawy Pzp należy odnieść się do definicji wadium zawartej w art. 70(4) §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.). Zgodnie z przywołaną regulacją wadium stanowi wpłacona organizatorowi przetargu określona suma lub ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty, które pod rygorem niedopuszczenia do przetargu uczestnik przetargu ma obowiązek wnieść. Na gruncie przepisów ustawy Pzp wadium pełni dwojaką funkcję - zabezpiecza interes Zamawiającego przed nieprawidłowym działaniem wykonawców w toku postępowania przetargowego, a równocześnie stanowi warunek formalny dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium, wskazaną w art. 45 ust 1 ustawy Pzp jest gwarancja bankowa. Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Zobowiązanie gwaranta – banku wynikające z gwarancji bankowej jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu

---

innego zobowiązania. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy 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. Co istotne, art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między zamawiającym a wykonawcą) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. W przypadku objęcia gwarancją bankową tylko niektórych sytuacji uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bezpodstawne jest założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością również sytuację nie wskazane w treści gwarancji, a objęte regulacją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Sam gwarant ogranicza w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających. Dla oceny roszczenia zamawiającego przez gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego gwarant zobowiązał się

świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja bankowa, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikający z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy spełnia funkcję zabezpieczającą.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył wraz z ofertą gwarancje bankowe wystawione przez Alpha Bank Ionia – oddział w Salonikach. Z treści złożonych dokumentów (co Odwołujący potwierdził w odwołaniu) wynika, że zakres odpowiedzialności gwaranta jest węższy niż wynikający z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gdyż gwarant nie objął zakresem swojej odpowiedzialności następujących wypadków: prawa zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W związku z tym złożona przez Odwołującego wadium w postaci gwarancji bankowej nie może być uznane za prawidłowe, gdyż nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego o skutecznym wniesieniu przez niego wadium z uwagi na fakt, iż ryzyka nieobjęte treścią gwarancji wadialnej nie wystąpiły, a więc interes Zamawiającego był zabezpieczony. Podkreślić bowiem należy, że dyspozycja art. 46 ust. 4a ma charakter hipotetyczny, bo przesłanki zatrzymania wadium mogą nie zaistnieć, co jednak nie zwalnia wykonawcy od złożenia gwarancji wadialnej obejmującej wszystkie przesłanki zatrzymania wadium. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za zasadną, to skuteczność wniesienia wadium byłaby oceniana na etapie wyboru oferty, zaś ustawodawca wymaga, aby wykonawca wniósł wadium w prawidłowej formie i treści nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert. Ponadto takie rozumowanie Odwołującego prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Wykonawcy bowiem mogliby argumentować, że w ogóle nie ma potrzeby wnoszenia wadium bo oświadczają, że ryzyka związane z jego zatrzymanie nie wystąpią i w związku z tym interes Zamawiającego jest zabezpieczony. Umożliwienie Odwołującemu dokonywanie oceny skuteczności wniesienia wadium w świetle faktycznego ziszczenia się ryzyk związanych z jego zatrzymaniem stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy wnieśli wadium w prawidłowej formie i treści przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie Izby interpretowanie treści gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego w świetle treści Formularza oferty oraz w związku z powołaniem się banku na treść oferty jest niedopuszczalne. Jak Izba wskazała powyżej, z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji

---

bankowej i samoistność zobowiązania gwarancyjnego, zakres zobowiązania gwaranta jest wyłącznie określony treścią gwarancji, nie zaś treścią innych dokumentów. Z treści zaś gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego nie wynika zobowiązanie banku do bezwarunkowej zapłaty w każdym z przypadków wymaganych przez Zamawiającego. Nie sposób rozszerzyć zakresu odpowiedzialności banku odwołując się do wykładni celowościowej, skoro z jej literalnej wykładni nie wynika możliwość zatrzymania wadium w każdym wypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Ze względu na abstrakcyjne charakter gwarancji, jej treść musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem treść gwarancji jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że dla określenia zakresu odpowiedzialności banku Zamawiający winien odwołać się do art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego.
Możliwość zastosowania powyżej regulacji przy procesie wykładni zapisów gwarancji wadialnej jest ograniczona. Wynika to z abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej, której treść podlega wykładni językowej i nie sposób odwołać się do innych metod wykładni w przypadku jasnego brzmienia treści gwarancji. Z taką zaś sytuacją mamy do czynienia w niniejszym

postępowaniu. Z treści przedłożonych gwarancji wynika bowiem jednoznacznie, że nie obejmują one swoim zakresem wszystkich okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i
dokonywanie interpretacji wbrew literalnego brzemieniu dokumentu jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Wykładnia oświadczenia woli banku nie może prowadzić do uzupełnienia
dokumentu gwarancji bankowej, o obowiązkową treść, która nie została w niej zamieszczona.
Rozszerzająca wykładania treści gwarancji nie może stanowić remedium na błędy w niej zawarte i zmieniać stanu rzeczy wbrew temu, co jasno wynika z treści gwarancji, tym bardziej
gdy ma to miejsce po dokonanie już ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, kiedy to wykonawca wykluczony zawsze może argumentować i wspierać się oświadczeniem banku,
składanym ex post, po dokonanej już przez zamawiającego ocenie ofert i w sytuacji, gdy bank już wie,
że nie zmaterializują się ryzyka nie objęte pierwotną treścią gwarancji.

Złożony przez Odwołującego dowód w postaci pisma wystawionego przez Alpha Bank w Grecji
z datą 29 lutego 2016 r., w którym gwarant rozszerzył zakres swojej odpowiedzialności w sposób nie znajdujący oparcia w treści złożonej wraz z ofertą gwarancji bankowej nie ma
znaczenia dla zasadności podniesionego zarzutu. Zadaniem bowiem Zamawiającego jest ocena czy wykonawca skutecznie wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert.
Wszelkie próby uzupełnienia wadium na późniejszym etapie postępowania przetargowego są w

---

ocenie Izby spóźnione. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości uzupełniania wadium
przez wykonawców, zaś abstrakcyjny, nieakcesoryjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta wynikający z gwarancji bankowej uniemożliwia ustalenie treści zobowiązania
gwaranta na podstawie innych dokumentów aniżeli treść samej gwarancji.

W ocenie Izby zadaniem Odwołującego było przedłożenie przed upływem terminu składania ofert skutecznej w zakresie formy jak i treści gwarancji bankowej. Odwołujący złożył gwarancje
bankowe, z treści których nie wynika prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium we
wszystkich przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Uchybienie Odwołującego nie może być sanowane poprzez złożenia pisma banku czy też dokonanie rozszerzającej
wykładni zapisów gwarancji bankowej, z uwagi na abstrakcyjny charakter zobowiązania gwaranta. W konsekwencji Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na
podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z
dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz.
238).

Przewodniczący: ……