

WYROK
z dnia 20 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę **A W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Budowlana „W.” A W., ul. F. Żwirki i S. Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski** w postępowaniu prowadzonym przez **Technikum Leśne w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża**

przy udziale wykonawcy **Fadbet S.A., ul. 42 Pułku Piechoty 46, 15-181 Białystok**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A W., prowadzącego działalność**
firmą Firma Usługowo-Budowlana „W.” A W., ul. F. Żwirki
Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski i:
firmą Firma Usługowo-Budowlana „W.” A W., ul. F. Żwirki
Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski i S. Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski

KIO 1067/17 1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Budowlana „W.” A W., ul. F. Żwirki i S. Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **A W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Budowlana „W.” A W., ul. F. Żwirki i S. Węgry, 17-100 Bielsk Podlaski** na rzecz **Technikum Leśnego w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1067/17 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

KIO 1067/17 3

Uzasadnienie

W postępowaniu na „Wykonanie termomodernizacji budynków szkoły, internatu i kotłowni Technikum Leśnego w Białowieży”, prowadzonym przez Technikum Leśne w Białowieży, ul. Park Dyrekcyjny 1A, 17-230 Białowieża (dalej „zamawiający”) wykonawca **A. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowo- Budowlana „W.”**

(dalej „odwołujący”) wniosł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, co skutkowało następnie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności poprzez dokonanie błędnej i niekorzystnej dla odwołującego wykładni treści gwarancji bankowej, podczas gdy odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, zgodny z wymogami SIWZ oraz obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, a tym samym oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b, poprzez jego zastosowanie, tj. przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, podczas gdy odwołujący wniósł wadium, dostarczając gwarancję bankową spełniającą wszelkie wymagania przepisów ustawy Pzp i SIWZ,
3. art. 92 ust. 1, poprzez jego nie zastosowanie, polegające na zaniechaniu podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, w szczególności poprzez niezwykle lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a w następstwie wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu na podstawie 89 ust. 1 pkt 7b, a następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez odwołującego.

Zażądał nadto rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego według norm

KIO 1067/17 4

przepisanych.

Odwołujący podał, że SIWZ (część VII pkt od 1 do 11) wskazuje podstawowe informacje dotyczące wadium, w tym zgodnie z pkt 1 i 2:

„ 1. Każda oferta musi być zabezpieczona wadium o wartości 120.000,00 zł (słownie: sto dwadzieścia tysięcy złotych).

4. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- a) pieniądzu,*
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy musi być poręczeniem pieniężnym,*
- c) gwarancjach bankowych,*
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych,*
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t. jedn. Dz. U. 2016 poz. 359).”*

Podał także, że w pkt 5 SIWZ zamawiający określił: „Gwarancja (poręczenie) musi być podpisana przez upoważnionego przedstawiciela Gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację np. złożony wraz z imienną pieczęcią lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska). Z treści gwarancji (poręczenia) winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Uzupełnił, że w pkt 10 i 11 zamawiający zacytował treść powołanych przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dowód: SIWZ dla postępowania (wraz z załącznikami).

Oświadczył, że złożył ofertę zabezpieczoną wadium w postaci gwarancji bankowej, jednak 24 maja 2017 r. otrzymał od zamawiającego Zawiadomienie o wyniku postępowania, tj. o odrzuceniu jego oferty z uwagi na nieprawidłową treść wadium wniesionego w postaci gwarancji bankowej, a ponadto – o odrzuceniu oferty innego wykonawcy oraz o wyborze oferty firmy FADBET S.A. z Białegostoku jako oferty najkorzystniejszej w świetle przedstawionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Stwierdził, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający lakonicznie podniósł, iż oferta odwołującego została odrzucona, ponieważ: „(...) wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji

KIO 1067/17 5

bankowej, przy czym w treści gwarancji zostały przytoczone jedynie okoliczności zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, bez wskazania okoliczności zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający w treści rozdziału VII punkt 5 SIWZ wyraźnie wskazał, że z treści gwarancji (poręczenia) winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że brak dodatkowych wyjaśnień zamawiającego – brak bardziej szczegółowej analizy pozostałej treści złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej.

Dowód:

- kopia formularza ofertowego odwołującego złożona w postępowaniu,
- kopia gwarancji bankowej z dnia 10 maja 2017 r. nr 29/007/17/G,
- zawiadomienie z dnia 24 maja 2017 r. o wynikach postępowania nr TL/02/04/17,
- treść SIWZ w postępowaniu.

W opinii odwołującego rozstrzygnięcie to zostało wydane bez gruntownej analizy zaistniałej sytuacji, z pominięciem stanu faktycznego, jak i prawnego sprawy, co doprowadziło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu w stosunku do odwołującego doszło do naruszenia ww. norm z uwagi na nierówne traktowanie oraz bez zachowania zasady uczciwej konkurencji, w konsekwencji czego doszło do wyboru oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą – to oferta odwołującego jak spełniająca wszystkie przewidziane prawem i treścią SIWZ dla postępowania, w tym również wymogi dotyczące zabezpieczenia ofert wadium, powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2016 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1277/16, zgodnie z którym: „Wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest podstawową i fundamentalną regułą, której podlegają zamówienia publiczne w Polsce i Unii Europejskiej” oraz na wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2255/16: „Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża się również w tym, aby wszyscy wykonawcy byli traktowani równo względem wymagań wyrażonych w SIWZ, które stały się ostateczne i wiążące dla wszystkich stron postępowania”.

Stwierdził, że gwarancja bankowa przedłożona przez odwołującego spełnia wszystkie

KIO 1067/17 6

wymogi SIWZ, a tym samym jednoznacznie zabezpiecza zaspokojenie ewentualnych roszczeń zamawiającego, wynikających z SIWZ (w zakresie dotyczącym wadium), co oznacza, że odwołuje się do przepisów art. 46 ustawy Pzp, które cytowane są w rozdziale VII pkt 10 i 11 tego dokumentu.

Uznał, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jest niezrozumiałe i narusza zasady równego traktowania i poszanowania uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ustawy Pzp.

Podniósł, że przepisy prawa nie przesądzają dokładnej treści gwarancji bankowej

(w tym wypadku wadialnej)), a każdy bank stosuje własne wzorce gwarancji.

Wskazał, jako istotne, że w niniejszej sprawie gwarancja została wystawiona przez bank polski na podstawie i w zakresie prawa polskiego, w tym przepisów ustawy Pzp, a normy określone w art. 46 ust. 4a i 5 tejże ustawy mają charakter kategoriowy i bezwzględnie obowiązujący, tym samym, nie tylko ze względu na odwołanie gwarancji do treści oferty odwołującego, a następnie do treści SIWZ (jego akceptacji), ale również z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter ww. norm, oferta odwołującego nie mogła być odrzucona, a tym samym powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Dowód:

- kopia formularza ofertowego odwołującego złożona w postępowaniu,
- kopia gwarancji bankowej z dnia 10 maja 2017 r. nr 29/007/17/G,
- zawiadomienie z dnia 24 maja 2017 r. o wynikach postępowania nr TL/02/04/17,
- treść SIWZ w postępowaniu.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał jedynie bardzo pobieżnej, powierzchownej oceny treści udzielonej gwarancji bankowej.

Wskazał, że swojej do oferty załączył gwarancję bankową wadialną o nr 29/007/17/G, wystawioną w dniu 10 maja 2017 r. przez Bank Spółdzielczy w Brańsku, w której treści (akapit 4) bank (gwarant) wyraźnie określił, iż gwarancja jest ważna w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego, a następnie – zgodnie z pkt 10 treści oferty odwołującego (tj. Formularza Ofertowego, odwołujący oświadczył, iż zapoznał się z treścią SIWZ (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte.

Podał, że zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 tj.), 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 –

KIO 1067/17 7

bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Stwierdził, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem w ramach, którego gwarant zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji w przypadku zaistnienia przesłanek w gwarancji wskazanych.

Staął na stanowisku, że brak podstaw prawnych (zarówno w przepisach Pzp, jak i prawa bankowego) do przyjęcia, iż niedozwolone jest zawarcie w treści gwarancji bankowej odesłania do treści innego dokumentu, w celu dokładnego opisanie i określenia przypadków wypłaty sumy gwarantowanej.

Podkreślił, że złożona przez niego gwarancja bankowa odsyła do przypadków zatrzymania wadium wskazanych w treści SIWZ, a to poprzez odniesienie do treści oferty (pkt 10 Formularza Ofertowego).

Uznał na tej podstawie, że tym samym treści gwarancji bankowej dokładnie odpowiada regulacji ustawowej w tym zakresie.

Zaznaczył, że SIWZ w części dotyczącej przypadków zatrzymania wadium jest klarowna i nie budzi żadnych wątpliwości, natomiast sam dokument specyfikacji jest dokumentem publicznie dostępnym, który po terminie otwarcia ofert nie może już ulec zmianie.

Staął na stanowisku, że treść dokumentu gwarancji bankowej w niniejszej sprawie i w zaistniałej sytuacji musi być oceniana pod kątem celu wniesienia wadium, tj. skutecznego zabezpieczenia oferty, szczególnie, że zobowiązanie gwaranta zawarte w treści złożonej gwarancji bankowej jest bezwarunkowe i nieodwołane, obejmuje zapłatę na pierwsze żądanie pełnej kwoty wadium po spełnieniu się każdego z warunków zatrzymania wadium, które są określone SIWZ (poprzez odniesienie do treści oferty odwołującego), a tym samym obejmuje zakres zdarzeń uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium co najmniej w takim zakresie, jak wymaga ustawa i jak żądał zamawiający w SIWZ.

Stwierdził, że do skuteczności i prawidłowości wniesienia wadium nie jest wymagane wskazanie w jej treści wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp, wystarczające dla prawidłowości udzielenia zabezpieczenia jest ogólne odwołanie się do

obowiązujących norm, co oznacza, że dopuszczalne jest odesłanie do ustawowych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w innych dokumentach, jeśli odwołanie to jest jasne, pewne i nie budzące wątpliwości.

Wskazał nadto, że gwarancja jest umową, a nie jednostronną czynnością prawną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. akt: IV CSK 208/2006, OSNC 2007 z. 7/8, poz. 122; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt: IV CSK 258/081, wobec czego podmiot udzielający gwarancji i zobowiązany z jej tytułu mają swobodę w kształtowaniu postanowień umownych, korzystając z zasady swobody umów,

KIO 1067/17 8

wyrażonej w art. 353¹ k.c.

W ocenie odwołującego zobowiązaniem wynikającym z oferty odwołującego, w myśl formularza ofertowego, było wniesienie wadium zgodnie z treścią SIWZ, co następnie znalazło potwierdzenie w treści gwarancji bankowej zabezpieczającej ofertę odwołującego.

Dowód:

- kopia formularza ofertowego Odwołującego złożona w postępowaniu,
- kopia gwarancji bankowej z dnia 10 maja 2017 r. nr 29/007/17/G,
- zawiadomienie z dnia 24 maja 2017 r. o wynikach postępowania nr TL/02/04/17,
- treść SIWZ w postępowaniu.

W odniesieniu do naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., zgodnie z którym: „Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji KIO dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie KIO mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy”.

Powołał się także na wyrok z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt KIO 1596/16; KIO 1604/16.: „Obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych w postępowaniu czynnościach określony w art. 92 ust 1 p.z.p. stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 p.z.p. zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 p.z.p. - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji”.

Podkreślił, iż uzasadnienie dotyczące odwołującego jest niezwykle lakoniczne, a to porównując do uzasadnienia dokonanego w stosunku do czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy – JL J. L. sp. z o.o. z Piątnicy Poduchownej.

Oświadczył, że w tym również upatruje pośrednio naruszenia zasady równości

KIO 1067/17 9

i przejrzystości postępowania, wynikającej odpowiednio z art. 7 i 8 ustawy Pzp.

Stwierdził, że nie jest w stanie ustalić, jaki był tok rozumowania zamawiającego przy podejmowaniu decyzji – zamawiający dokonał jedynie bardzo pobieżnej analizy, skupił się na wyjaśnieniu tylko niektórych kwestii, w tym nie dokonał analizy całej treści złożonej w niniejszej sprawie gwarancji bankowej, naruszając w ten sposób powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Powołał się na wyrok z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1117/15, zgodnie

z którym: „Uzasadnienie faktyczne czynności powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Tylko czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę daje wykonawcy szanse na zrozumienie działań zamawiającego”.

Powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt 1462/15: „Aby zamówienia udzielić *„wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”* zamawiający musi prawidłowo przeprowadzić procedurę wyboru oferty *najkorzystniejszej*, aby taką rzeczywiście *najkorzystniejszą ofertę* wybrać. Nie może więc udzielić zamówienia wykonawcy, który powinien być *wykluczony (a nie został)*, wybrać oferty, która powinna być *odrzucona (a nie była)* lub która nie byłaby *pierwsza w rankingu*. Tak samo nie może zaniechać wyboru oferty, która powinna być *pierwsza w rankingu ofert*, ale nie była, ponieważ wykonawca został *nieustannie wykluczony z postępowania* albo oferta została *nieprawidłowo odrzucona*. W obu tych przypadkach dokonałby bowiem wyboru oferty niezgodnie z ustawą z 2004 r. - *Prawo zamówień publicznych (procedura, którą ona opisuje).*”

Dowód:

- zawiadomienie z dnia 24 maja 2017 r. o wynikach postępowania nr TL/02/04/17.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 5 maja 2017 r., w tym:

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami,
- Treści gwarancji bankowej „Gwarancja bankowa wadialna” wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Brańsku z siedzibą w Brańsku Nr 29/007/17/G.
- Zawiadomienia o wyniku postępowania (pismo zamawiającego z 24 dnia maja 2017 r.), a także Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo Fadbet S.A. z dnia 1 czerwca 2017 r.), nadto stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na

KIO 1067/17 10

rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego oznaczałoby, że stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie, tj. przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, podczas gdy odwołujący wniósł wadium, dostarczając gwarancję bankową spełniającą wszelkie wymagania przepisów ustawy Pzp i SIWZ

oraz

zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, co skutkowało następnie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności poprzez dokonanie błędnej i niekorzystnej dla odwołującego wykładni treści gwarancji bankowej, podczas gdy odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, zgodny z wymogami SIWZ oraz obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, a tym samym oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwolujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, składając dokument „Gwarancja bankowa wadialna” wystawiony przez Bank Spółdzielczy w Brańsku z siedzibą w Brańsku Nr 29/007/17/G.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z tego powodu, że – jak podał w „Zawiadomieniu o wyniku postępowania” z dnia 24 maja 2017 r. – „wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Wykonawca wniósł

KIO 1067/17 11

wadium w formie gwarancji bankowej, przy czym w treści gwarancji zostały przytoczone jedynie okoliczności zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, bez wskazania okoliczności zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający w treści rozdziału VII punkt 5 SIWZ wyraźnie wskazał, że z treści gwarancji (poręczenia) winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.”

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, zasadnie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Nieprawidłowość złożonego przez odwołującego wadium polega na tym, że stanowiąca to wadium gwarancja bankowa Banku Spółdzielczego w Brańsku z siedzibą w Brańsku Nr 29/007/17/G nie gwarantuje zamawiającemu zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a jedynie w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Bezsprzecznie, ze względu na abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania w relacji do stosunku podstawowego (gwarancji bankowej), treść zobowiązania gwaranta do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Niezbędnym elementem treści gwarancji bankowej jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności (przesłanek), których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta (zamawiającego) ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium).

Za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt X Ga 189/13 z dnia 11 lipca 2013 r. stwierdzić należy, że „nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów p.z.p. oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości”.

W treści złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej przesłanki zatrzymania wadium zostały wskazane przez gwaranta we wstępnej jej części – pierwszy akapit, poprzez w istocie zacytowanie przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp (nieistotna różnica dotyczy zastąpienia „wykonawcy” z art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp „zlecniodawcą”). Jest to treść jednoznaczna i nie budząca wątpliwości co do tego, że przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie wskazano.

Za trafne skład orzekający Izby uznał argument przystępującego (stanowisko pisemne z dnia 1 czerwca 2017 r.), iż „Zasady logiki i doświadczenia życiowego nakazują

KIO 1067/17 12

przyjąć, że gdyby gwarancja miała obejmować oba te przepisy (zarówno art. 46 ust. 5, jak i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp) gwarant i Odwołujący uwzględniliby w jej treści tożsame rozwiązanie (przytoczenie treści przepisu) dla obu regulacji.”

W ocenie składu orzekającego Izby, choć dopuszczalne jest odwoływanie się w treści gwarancji w zakresie przesłanek zatrzymania wadium do innego dokumentu (tak w ww. wyroku SO we Wrocławiu), to jednocześnie (o czym także w ww. wyroku), chodzi o odwołanie się do takiego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane.

Z całą pewnością „warunku” tego nie spełnia oferta odwołującego, o której mowa

w akapicie czwartym gwarancji („Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty Zlecającego wskazanej w gwarancji.”), ponieważ nie wskazuje tych przesłanek, abstrahując nawet od faktu, że treść akapitu czwartego – jak trafnie podnosił przystępujący w swoim stanowisku pisemnym z dnia 1 czerwca 2017 r. – oznacza tyle tylko, że gwarancja „nie może być wykorzystana w jakiegokolwiek innej ofercie w postępowaniach prowadzonych przez Beneficjenta”.

Podkreślić należy, że przesłanki zatrzymania wadium zostały przez gwaranta wyspecyfikowane w akapicie pierwszym. Akapit czwarty, choćby ze względu na jego „umiejscowienie”, kwestii tych nie dotyczy – poczynając od akapitu drugiego gwarancja referuje do kwestii technicznych i formalnych (identyfikacja żądania, adres, na który winno zostać przesłane żądanie, termin ważności gwarancji, zwrot oryginału dokumentu gwarancji).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że gwarant w treści gwarancji bankowej w żaden sposób nie odwołał się do dokumentu SIWZ przedmiotowego postępowania. Fakt, że z treścią SIWZ, w tym rozdziałem VII, regulującym wymagania dotyczące wadium, zapoznał się odwołujący (o czym mowa w Formularzu ofertowym odwołującego pkt 10 – „Zapoznaliśmy się z treścią SIWZ (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”), w żaden sposób nie pozwala przyjąć, że wymagania tam wskazane były w ogóle znane wystawcy gwarancji.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie kwestionował zastosowanych przez zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszych kryteriów oceny ofert (Rozdział XIII SIWZ), stąd przypisanie zamawiającemu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp („Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”) nie było w ogóle

KIO 1067/17 13

możliwe.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego nie zastosowanie, polegające na zaniechaniu podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, w szczególności poprzez niezwykle lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego.

Bezsporny był fakt, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie termomodernizacji budynków szkoły, internatu i kotłowni Technikum Leśnego w Białowieży” to postępowanie o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. tzw. postępowanie podprogowe (miejsce publikacji ogłoszenia: Biuletyn Zamówień Publicznych – ogłoszenie nr 68986-2017 z dnia 19 kwietnia 2017 r.).

Wobec powyższego zastosowanie znajduje przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia,
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Odwołujący zgłosił zarzut zaniechania podania przez zamawiającego pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego, który – uwzględniając przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp – nie mógł zostać przez skład orzekający Izby rozpoznany, ponieważ wskazany przepis w ogóle nie przewiduje prawa kwestionowania przez wykonawcę zaniechań zamawiającego (o czym przesądza sformułowanie: „odwołanie

przysługuje wyłącznie wobec czynności” w odróżnieniu od sformułowania z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp znajdującego zastosowanie do pozostałych postępowań – powyżej progów: „Odwołanie przysługuje (...) od (...) czynności zamawiającego (...) lub zaniechania czynności (...)”.

Nawet jednak gdyby i to pominąć, to brak w zamkniętym katalogu czynności, wobec których przysługuje odwołanie czynności – „podania zbyt lakonicznego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego”.

KIO 1067/17 14

Rację należy przyznać odwołującemu co do tego, że czynność ta jest ściśle powiązana z czynnością odrzucenia oferty odwołującego. Nie zmienia to jednak w żadnym razie tego, iż są to odrębne czynności zamawiającego, z których tylko jedna została ujęta w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Gdyby zarzut ten był jednym zarzutem odwołania to skład orzekający Izby zobligowany byłby odwołanie to odrzucić na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ponieważ jednak odwołujący objął odwołaniem także zarzut odrzucenia oferty odwołującego, tj. wobec czynności wskazanej w art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, to skład orzekający Izby rozpoznał ten (jednak tylko ten) zarzut.

Ponieważ podlegające rozpoznaniu przez skład orzekający Izby zarzuty nie potwierdziły się, orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

KIO 1067/17 15

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

Przewodniczący:

KIO 1067/17 16