

Sygn. akt: KIO/UZP 230/09

**WYROK**  
**z dnia 10 marca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Dagmara Gałczewska-Romek</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Barbara Bettman</b>
	<b>Magdalena Grabarczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ZAMBET” S.A., Al. Wojska Polskiego 52A, 06-100 Pułusk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Legionowo, ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo** protestu z dnia 16 lutego 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ZAMBET” S.A., Al. Wojska Polskiego 52A, 06-100 Pułusk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ZAMBET” S.A., Al. Wojska Polskiego 52A, 06-100 Pułtusk,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „ZAMBET” S.A., Al. Wojska Polskiego 52A, 06-100 Pułtusk.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Gmina Miejska Legionowo Urząd Miasta Legionowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa hali widowiskowo - sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Legionowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o przetargu nieograniczonym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 217-288837 w dniu 07.11.2008 r.

Wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z protokołem ZP- 1 została ustalona na kwotę 26 968 406,00 zł, co stanowi 6 955 819 euro.

W dniu 16 stycznia 2009 roku, Odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zambet S.A. złożył protest na czynność Zamawiającego z dnia 9 stycznia br. polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A. zwane dalej Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił, że wybór oferty został dokonany z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp i wskazując na postanowienia gwarancji bankowej zabezpieczania wadium w ofercie Konsorcjum, podniósł, że nie wypełniają one przesłanki określonej w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp, która dla obligatoryjnego zatrzymania wadium z powodu nie uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie wymaga stwierdzenia, że oferta wykonawcy musi zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że złożenie wadium jest czynnością jednostronną, dlatego przesłanki zaspokojenia się zamawiającego z gwarancji muszą być wskazane w treści dokumentu, a wskazanie tych przesłanek musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia z gwarancji nie była kwestionowana. Odwołujący przywołał wyrok SN z dnia 4.10.1995 r., II CRN 123/95, który zakazuje poddawania treści gwarancji wykładni elastycznej i liberalnej. Zamawiający żądał, aby przedstawiona gwarancja była gwarancją bezwarunkową, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, gwarancja bezwarunkowa oznacza zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia w razie braku świadczenia dłużnika, w omawianym przypadku chodzi o zobowiązanie wystawcy w sytuacjach ściśle określonych przepisami ustawy Pzp i nie może być ona odwołana w czasie jej ważności. Gwarancja na każde żądanie oznacza natomiast, że gwarant ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 62/09 z dnia 23 stycznia 2009 r. oraz przywołał treść art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, zgodnie z którym gwarancja bankowa jako jednostronne zobowiązanie banku, oznacza, że bank tylko wtedy wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta, gdy podmiot uprawniony - gwarant spełni określone w gwarancji warunki zapłaty.

W ocenie Odwołującego treść dokumentu wadium przedstawionego przez Konsorcjum nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, a wadium zawierające takie postanowienie należy uznać za nie wniesione, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 18.02.2009 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.02.2009 roku zgłosiło swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A.

Pismem z dnia 20.02.2009 roku Zamawiający poinformował o oddaleniu protestu, podnosząc, iż istotnym jest, że gwarancja ubezpieczeniowa udzielona przez Konsorcjum na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest gwarancją bezwarunkową,

charakteryzującą się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze wezwanie beneficjenta. Zapłata sumy gwarancyjnej nie zależy więc od tego czy zasadne jest żądanie beneficjenta (wyrok z dnia 4 stycznia 2008, KIO/UZP/23/07). Zamawiający wskazał na wymagania co do wadium sformułowane w siwz, gdzie określił, aby z treści gwarancji wynikało 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. 5 ustawy Pzp. Wskazał, że wobec tego, iż ustawa nie określa żadnych wymogów co do treści gwarancji bankowych czy ubezpieczeniowych stanowiących zabezpieczenie oferty wadium to Zamawiający ma obowiązek określić te wymagania w treści siwz. Wobec powyższego treść gwarancji ma odpowiadać ustalonym przez Zamawiającego wymogom w siwz.

Zamawiający powołał się także na wyrok z dnia 20 marca 2007 roku UZP/ ZO/O -270/07, z którego wynika, że wadium złożone w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w ustawie Pzp, bowiem prawo zatrzymania wadium przysługuje Zamawiającemu z mocy prawa.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 27.02.2009 roku złożył odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując argumentację zawartą w proteście i wnosząc o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A.,
2. nakazanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
3. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

**Odnosząc się do stanowiska Przystępującego do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że:**

1. gwarancja bankowa wnoszona jako wadium nie jest dokumentem podlegającym wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i nie może jej treści wyjaśniać ani wykonawca ani działający na jego zlecenie Bank, a okoliczność, że przedłożona gwarancja takich wyjaśnień wymaga, potwierdza jej niepoprawność,
2. Odwołujący zgodził się z tezą z wyroku z dnia 20 marca 2007 r. KIO UZP/270/07, że wadium złożone w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, bowiem Zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania wadium z mocy prawa, ale w kwestionowanej gwarancji przepisy Pzp nie zostały przywołane w całości, a tylko wadliwie w sposób wybiórczy,

3. gwarancja bankowa jako dokument nie podlega wykładni elastycznej i liberalnej i nie ma tu zastosowania pozwalający na taką wykładnię art. 65 § 2 kc, jej wad nie można konwalidować w trybie jednostronnego oświadczenia,
4. wyjaśnienia banku są składane w sytuacji, gdy bank ma pewność, że z tytułu gwarancji nie będzie musiał dokonać zapłaty sumy gwarancyjnej,
5. wyjaśnienia Banku są złożone w niewłaściwej formie, oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji następuje w praktyce w formie tzw. listu gwarancyjnego. Zgodnie z art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, udzielenie i potwierdzenie gwarancji następuje pod rygorem nieważności na piśmie. Gwarancja jest udzielana przez bank będący profesjonalistą i tak złożone wyjaśnienie należy traktować jako zmianę treści gwarancji bankowej. Powstały na skutek udzielenia gwarancji stosunek zobowiązaniowy między bankiem a beneficjentem gwarancji nie może być jednostronnie zmieniony przez bank. To samo dotyczy stosunku łączącego beneficjenta z bankiem, który potwierdził gwarancję. Zmiana warunków gwarancji przez bank wymaga więc zgody beneficjenta gwarancji jako drugiej strony powstałego stosunku prawnego (gdyby traktować oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji jako ofertę, możliwość modyfikacji - przed przyjęciem oferty przez beneficjenta gwarancji - wynikałaby z art. 66 2 § 1 k.c.; jeżeli jednak w treści gwarancji określony został termin jej obowiązywania - co jest regułą - dopuszczalność modyfikacji byłaby wyłączona - art. 66 2§ 2 k.c.). Ponadto Odwołujący wskazał, że zgoda beneficjenta gwarancji nie wymaga szczególnej formy i może być udzielona w sposób dorozumiany. Na banku, który udzielił gwarancji, w razie sporu spoczywa jednak ciężar dowodu, że beneficjent wyraził zgodę na zmianę treści gwarancji.

Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 27.02.2009 roku.

**Na podstawie oryginalnej dokumentacji przedmiotowego postępowania: w szczególności treści siwz oraz gwarancji bankowej wystawionej przez Fortis Bank o nr 17/09/WAR/CB z dnia 12.01.2009 roku, a także biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia pełnomocników stron i uczestnika postępowania, złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W § 8 siwz p.n. „Wymagania dotyczące wadium”, Zamawiający wskazał, że „z treści gwarancji 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. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Jednocześnie w ust. 2 tego paragrafu Zamawiający przywołał zgodne z art. 46 ustawy Pzp przesłanki zwrotu i zatrzymania wadium.

Wykonawca – Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A. złożył wadium w formie gwarancji bankowej, na potwierdzenie czego przedstawił dokument gwarancji bankowej o numerze 17/09/WAR/ CB z dnia 12.01.2009 roku z terminem ważności od 19.01.2009 do 30.03.2009 wystawioną przez Fortis Bank.

W treści gwarancji Bank znajduje się następujące stwierdzenie:

„Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 400.000,00 zł. (słownie: czterysta tysięcy złotych) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że Oferent, pomimo, że jego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta, lub
- jeżeli Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 tej ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w wniesieniu odwołania, bowiem potwierdzenie się zarzutów, co do oferty uznanej za najkorzystniejszą, daje mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Z literalnej wykładni przesłanek zapłaty kwoty wadium, wskazanych w treści gwarancji bankowej o nr 17/09/WAR/ CB z dnia 12.01.2009 roku, wystawionej przez Fortis Bank Polska S.A., wynika, że przesłanka zapłaty wadium określona w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp, dotycząca sytuacji, w której „Oferent 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 tej ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie” poprzez użycie w treści gwarancji spójnika „lub” została przywołana jako przesłanka samodzielna, niezależna od ziszczenia się innych zdarzeń, w tym w szczególności niezależna od złożenia oświadczenia o wyborze oferty Konsorcjum.

Izba zwraca uwagę, że pomiędzy trzema pierwszymi przesłankami wskazanymi w treści gwarancji dotyczącymi zapłaty wadium w sytuacji, gdy wykonawca: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie; nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta umieszczono spójnik „lub”, który łączy dwa odrębne zdania równorzędne i oznacza on tym samym ich możliwą wymienną albo wzajemne wyłączenie się. Analizowane zdanie zostało sformułowane z użyciem tzw. alternatywy zwykłej zwanej również alternatywą niewykluczającą lub nierozłączną (p V g, p lub q). Zgodnie z zasadami logiki prawniczej zdanie zawierające taki związek logiczny jest prawdziwe, jeśli jedno ze zdań złożonych jest prawdziwe albo oba zdania są prawdziwe.

Zatem analizując kwestionowaną treść przesłanek zapłaty wadium, która składa się, jak wyżej ustalono z dwóch zdań równorzędnych, należy uznać, że bank będzie zobowiązany do zapłaty jeśli Beneficjent skieruje do banku oświadczenie, że:

1. Oferent, pomimo, że jego oferta została wybrana: a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie, b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta, *(pierwsze zdanie równorzędne)*

lub (niezależnie od złożenia oświadczenia o wyborze oferty Oferenta)

2. Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie *(drugie zdanie równorzędne)*.

Oświadczenie Fortis Bank Polska S.A. z dnia 17.02.2009 roku, załączone do przystąpienia do postępowania protestacyjnego, nie stanowi, w ocenie Izby, zmiany treści wynikającego z gwarancji zobowiązania banku, ale jest potwierdzeniem gramatycznego brzmienia treści gwarancji, że uprawnienie do zapłaty wadium jest niezależne od wyboru oferty Oferenta jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że treść gwarancji wadium przedstawiona przez Konsorcjum w pełni odpowiada wymogom określonym w ustawie Pzp, wskazuje na zgodne z ustawą Pzp przesłanki utraty wadium, wymienione w art. 46 ust. 5 oraz 46 ust. 4a ustawy Pzp, a ewentualne zaspokojenie się Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46

ust. 4 a ustawy Pzp jest niezależne od złożenia przez niego oświadczenia o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, w oparciu o art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego, bowiem zgodnie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy a Zamawiający takiego rachunku do zamknięcia rozprawy nie złożył.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*