

**WYROK**

**z dnia 13 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2015 r. przez **Odwołującego – KOMA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 19 C, 19-300 Ełk**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę – Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., 2) REMONDIS OLSZTYN Sp. z o.o., adres do doręczeń: ul. Szańcowa 1, 82-300 Elbląg, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Elblągu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Elbląg – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miasto Elbląg”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr: 2015/S 198-359522.

Pismem z dnia 22 grudnia 2015 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający poinformował jednocześnie wykonawcę KOMA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 19 C, 19-300 Elk:

W odniesieniu do części 1, 3 i 4 zamówienia o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do części 2 i 5 zamówienia o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W dniu 29 grudnia 2015 r., Odwołujący – KOMA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 19 C, 19-300 Elk – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, w zakresie części 1, 2 i 5 zamówienia, polegających na:

1. odrzuceniu ofert Odwołującego o nr: 6 (1 część zamówienia), 7 (2 część zamówienia),  
10 (5 część zamówienia) z uwagi na fakt, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania, w sytuacji gdy okoliczność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie pozwala na odrzucenie jego oferty;
2. wykluczeniu Odwołującego z postępowania w częściach zamówienia:
  - a. nr: 1, 2 oraz 5, z powodu niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert i zakwestionowaniu prawidłowości wystawionych przez mBank S.A.

- gwarancji przetargowych nr 05066KTG15, 05067KTG15 oraz 05070KTG15 w sytuacji, gdy dokumenty te zostały prawidłowo sporządzone i zabezpieczyły w pełnym zakresie roszczenie Zamawiającego z tytułu zapłaty wadium,
- b. nr 2 i 5 także z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V ppkt 3.b) SIWZ, poprzez dołączenie do oferty kopii zamiast oryginału zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby,
3. zaniechaniu w części 2 i 5 zamówienia wezwania Odwołującego do złożenia oryginałów dokumentów - zobowiązań do udostępnienia potencjału wystawionych przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Węgorzewie oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Działdowie,
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CLEANER ZAKŁAD SPRZĄTANIA spółka jawna M.B., G.M. (w części zamówienia nr 1 oraz 5) oraz Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. oraz REMOND1S OLSZTYN Sp. z o.o. (w części zamówienia nr 2), pomimo iż to oferta Odwołującego w tych częściach zamówienia (nr 1, 2 i 5), spełniająca wszystkie wymagania określone w SIWZ, była najkorzystniejsza,
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż przepis ten nie może mieć zastosowania w trybie przetargu nieograniczonego, bowiem dotyczy wyłącznie postępowań dwuetapowych;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, iż z ofertą złożył wadium w postaci gwarancji bankowej prawidłowo wystawionej i zabezpieczającej w pełnym zakresie ewentualne roszczenia Zamawiającego o zapłatę wadium oraz pomimo, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania w części 2 i 5 zamówienia Odwołującego do złożenia oryginałów dokumentów - zobowiązań do udostępnienia potencjału wystawionych przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Węgorzewie oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Działdowie,
4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 1, 2 i 5 zamówienia,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach nr 1, 2 zamówienia,
3. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w części 1, 2 i 5 zamówienia,
4. dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił, że przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na 5 części, zgodnie z funkcjonującymi sektorami odbioru odpadów. W terminie składania ofert tj. do dnia 18 listopada 2015 r. oferty złożyli wykonawcy: CLEANER ZAKŁAD SPRZĄTANIA sp. J. M.B., G.M., Odwołujący, Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. oraz REMONDIS OLSZTYN Sp. z o.o, SITA Północ Sp. z o.o. Wszyscy Ci wykonawcy, z wyjątkiem SITA Północ Sp. z o.o. złożyli swoje oferty na wszystkie części zamówienia, ostatni z wymienionych wykonawców z wyjątkiem 2 i 5 części.

Pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty:

- 1) w części 1,3,4,5 zamówienia CLEANER ZAKŁAD SPRZĄTANIA sp. J. M.B., G.M.
- 2) w części 2 zamówienia Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. oraz REMONDIS OLSZTYN Sp. z o.o.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że:

- 1) we wszystkich częściach zamówienia odrzucił ofertę Odwołującego podając jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a jako uzasadnienie faktyczne, że Odwołujący został wykluczony z postępowania, dlatego należy jego ofertę odrzucić,
- 2) we wszystkich częściach zamówienia wykluczył Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP z powodu niewniesienia wadium w wymaganym terminie, wskazując przy okazji, iż gwarancje bankowe złożone przez Odwołującego są nieprawidłowe, ponieważ nie zabezpieczają „interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach przypadku wadium”,
- 3) w częściach zamówienia nr 2 i 5 wykluczył Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp także z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V ppkt 3.b) SIWZ, wskazując że Odwołujący

zamiast oryginałów zobowiązań do udostępnienia potencjału złożył ich kopie, a Zamawiający zaniechał wzywania Odwołującego do złożenia dokumentów ponieważ jego oferta i tak podlegała odrzuceniu.

W odniesieniu do wykluczenia Odwołującego z postępowania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując oceny i badania ofert doszedł do błędnego przekonania, że gwarancje przetargowe o numerach 0506OKTG15, 05067KTG15, 05068KTG15, 05069KTG15, 05070KTGI5 wszystkie z dnia 16 listopada 2015 r. wystawione przez mBank S.A. stanowiące wadium wniesione przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu są nieprawidłowe.

Odwołujący przytoczył stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że *„w złożonej gwarancji mBank określił warunki zapłaty wadium, podając w trzech punktach warunki zatrzymania wadium. Brzmienie warunku zatrzymania wadium wymienione w pkt 1 gwarancji nie odpowiada aktualnemu brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, nadanemu ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 18 września 2014 r. poz. 1232) i obowiązującemu od 19 października 2014 r., tj. nie zawiera warunku zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli 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; - nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać wniesionego w dniu 18.11.2015 r. wadium w formie gwarancji bankowej za wniesione prawidłowo, gdyż nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach przypadku wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych).”*

W odniesieniu do powyższego, Odwołujący argumentował, że analizę zagadnienia dotyczącego prawidłowości wniesienia wadium przez Odwołującego należałoby rozpocząć od przytoczenia definicji gwarancji bankowej. Gwarancją bankową - zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe 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. Z powyższego wynikają więc *essentialia negotii* gwarancji bankowej. Ponadto doktryna wskazuje na dodatkowe elementy

przedmiotowo istotne gwarancji bankowej, tj. na określenie zabezpieczonego rezultatu i określenie wysokości sumy pieniężnej, którą ma zapłacić gwarant w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu. Gwarancja bankowa w swej treści powinna więc określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty.

Gwarancja ma charakter bezwarunkowy, jeżeli wypłata świadczenia uzależniona jest jedynie od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, że podmiot, za który bank udzielił gwarancji, nie wywiązał się ze zobowiązań wobec beneficjenta. Jednocześnie wskazuje się, że sam wymóg potwierdzenia przez beneficjenta zajścia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty, nie oznacza warunkowości gwarancji, lecz stanowi pewną formalność służącą weryfikacji skierowanego żądania przez gwaranta. (sygn. akt KIO/ 467/12, 483/12).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnych wymagań co do brzmienia zapisów gwarancji bankowej, ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wadium może być wnoszone w formie gwarancji bankowej (Rozdział VIII pkt 1 SIWZ). Również przepis art. 45 ust. 6 pkt 3 PZP nie zawiera szczególnych wymagań co do sposobu określenia w treści gwarancji bankowej zdarzenia uzasadniającego wystąpienie z żądaniem zapłaty kwoty wadium.

Argumentowano następnie, że gwarancje przetargowe o numerach 05066KTG15, 05067KTG15, 05068KTG15, 05069KTG15, 05070KTG15, złożone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu były tożsamej treści z wyjątkiem wysokości kwoty wadium oraz części zamówienia, którą zabezpieczały. Wstępna część treści gwarancji zawiera informację że sporządzona jest na zlecenie Odwołującego oraz wskazany jest cel, dla którego została zawarta: *„w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez Państwa przetargu w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”*. W dalszej części gwarancji (na przykładzie gwarancji o nr 05066KTG15) znajduje się zwrot, że: *„my mBank S.A. (...) zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, zobowiązujemy się nieodwołalnie do zapłacenia na Państwa pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości: 40.000,00 PLN (słownie: czterdzieści tysięcy złotych)”*. W kwestiach proceduralnych, przewidziano, że wypłata wadium nastąpi: *„po otrzymaniu Państwa pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że:*

1. *Wykonawca nie złożył (w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy) dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie, lub*

2. *Wykonawca, którego oferta została wybrana:*
  - 1) *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub*
  - 2) *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub*
3. *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy".*

Odwołujący wskazał, że z powyższego zapisu Zamawiający wywiódł, że w tym miejscu mBank podał „w trzech punktach warunki zatrzymania wadium”. Sformułowanie to nie jest prawdziwe, bowiem sprzeczne z literalnym brzmieniem gwarancji. Po pierwsze Bank nie jest uprawniony do ograniczania warunków zatrzymania wadium, określają je przepisy powszechnie obowiązujące tj. art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Bank w gwarancji bankowej określa jedynie wobec jakich zdarzeń prawnych lub faktycznych zaktualizuje się jego odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu zapłaty wadium. Jak wskazała KIO błędnie wywodzi się, iż wskazanie w p.z.p. przesłanek zatrzymania wadium wprowadza dodatkowe, szczególne wymagania co do treści gwarancji bankowej (KIO 601/14).

Podniesiono następnie, że ewentualne wątpliwości co do treści gwarancji bankowej Zamawiającym powinien rozstrzygnąć dokonując jej wykładni zgodnie z regułami przewidzianymi w kodeksie cywilnym. Treść gwarancji, jako oświadczenia winna być poddana wykładni w świetle art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy P.z.p. Zarówno zlecniodawcy gwarancji (Odwołującemu) jak i gwarantowi (mBank S.A.) i beneficjentowi (Zamawiającemu) znany był charakter zobowiązania, który gwarancja miała zabezpieczać, w związku z tym nie może budzić wątpliwości jaki był zamiar stron umowy. Okoliczności zatrzymania wadium w przypadku zamówień publicznych reguluje ustawa, a więc są one powszechnie znane uczestnikom takiego obrotu prawnego. Nie może więc budzić wątpliwości, że celem zabezpieczenia gwarancji są więc wszystkie przypadki, gdy po stronie zamawiającego powstaje prawo do zatrzymania wadium. Reguła interpretacyjna zawarta w art. 65 § 2 kodeksu cywilnego, chociaż sformułowana jedynie w odniesieniu do umów, znajduje zastosowanie do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie (Uchwała Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1995 r., sygn. akt III CZP 66/95), w tym do wykładni oświadczeń woli zawartych w gwarancji bankowej – wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 1997 r. (I CKN 825/97). Ponadto w utrwalonej linii orzeczniczej KIO (np. KIO 883/11) jednoznacznie wynika, że treść gwarancji bankowej nie może być ustalana wyłącznie w oparciu o jej literalne brzmienie, ale odkodowanie jej treści wymaga odwołania się do celu, jakiemu miała służyć oraz okoliczności jej udzielenia.



Zdaniem Odwołującego wykładnia złożonych przez niego w niniejszym postępowaniu gwarancji bankowych, w oparciu o prezentowane powyżej reguły, prowadzi do wniosku, że w gwarancji mBank nie zawężał reguł swojej odpowiedzialności do konkretnych przypadków zatrzymania wadium, a wymienienie w pkt 1-3 gwarancji jedynie części przesłanek z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzedzone zwrotem „*po otrzymaniu od Państwa pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że*”, ma dla Banku jedynie walor informacyjny, który (niezależnie od treści tego oświadczenia) nie może stanowić podstawy odmowy wypłaty wadium, nawet gdy przesłanką jego zatrzymania były okoliczności z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie wymienione w pkt 1-3 gwarancji.

Wskazano także, że dokonanie przez Zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert, prawidłowej wykładni gwarancji bankowych złożonych przez Odwołującego doprowadziłoby Zamawiającego do przekonania, że jego ewentualne roszczenia z tytułu zapłaty wadium są należycie zabezpieczone. Wówczas Zamawiający nie dokonałby niezgodnego z art. 24 ust. 2 pkt 2) Pzp wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Uzasadniając pozostałe zarzuty odwołania stwierdzono również, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił oferty Odwołującego o nr: 6 (1 część zamówienia), 7 (2 część zamówienia), 10 (5 część zamówienia) powołując się na fakt, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania. Zauważyć w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy PZP ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się odrzuconą bez potrzeby podejmowania przez Zamawiającego jakkolwiek czynności. W tym kontekście zaskarżona czynność Zamawiającego jest niezgodna z ustawą PZP

Dalsze nieprawidłowości Zamawiającego są skutkiem wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zamawiający bowiem dostrzegając braki w ofercie Odwołującego (w części 2 i 5 zamówienia) polegające na złożeniu zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału w formie kopii podpisanej przez Odwołującego zamiast oryginału tego dokumentu, zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia tych dokumentów ze względu na fakt, iż i tak oferta Odwołującego byłaby odrzucona. Dodatkowo Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał również niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (ze względu na wspomniane wyżej złożenie kopii dokumentu zobowiązania do udostępnienia potencjału zamiast oryginału). Niewątpliwie jeśli zarzuty Odwołującego w zakresie niezgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty się potwierdzą, Zamawiający dokonując ponownej oceny i badania ofert będzie zobligowany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do wezwania Odwołującego do złożenia oryginału w/w dokumentów. W związku z

faktem, iż Odwołujący dysponuje oryginałami tych dokumentów i złoży je na w/w wezwanie brak będzie podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazano następnie, że skutkiem powyższych uchybień Zamawiającego jest kolejne naruszenie przepisy ustawy Pzp (art. 7 ust. 3 Pzp) ponieważ Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia (w części 1, 2 oraz 5) wykonawcom, którzy nie zostali wybrani zgodnie z opisami ustawy PZP, gdyż to oferta Odwołującego w tych częściach zamówienia jest najkorzystniejsza.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, podniesiono, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w części 1, 2 i 5 zamówienia, a w części 2 i 5 zamówienia dodatkowo również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Przesłanki odrzucenia ofert zawarte są w art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił oferty Odwołującego w każdej części zamówienia. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut jest bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp, wskazano, że przedmiotowe postępowanie zostało przygotowane i jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W związku z brakiem uzasadnienia i wykazania przez Odwołującego w jaki sposób Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiającemu trudno jest się precyzyjnie do tego zarzutu odnieść.

Zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferty Wykonawcy: CLEANER ZAKŁAD SPRZĄTANIA spółka jawna M.B., G.M., 82-300 Elbląg, ul. Mazurska 10 (zwanego dalej „CLEANER”), dla części 1 i 5 zamówienia oraz oferta Wykonawcy: Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider konsorcjum), 82-300 Elbląg, ul. Szańcowa 1, REMONDIS OLSZTYN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (Partner), 10-522 Olsztyn, ul. Partyzantów 3 (zwanego dalej „MPO-REMONDIS”), dla części 2 zamówienia zostały wybrane jako najkorzystniejsze zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferty te, odpowiednio każda w części zamówienia, na którą została

złożona, są ofertami, które przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny i ustalonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryterium aspektu środowiskowego. Wykonawcy, którzy je złożyli nie podlegają wykluczeniu, a oferty te nie podlegają odrzuceniu. Oferty Odwołującego nie mogły być oceniane, ponieważ Odwołujący został wykluczony z postępowania dla każdej części zamówienia, a jego oferty zostały odrzucone stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych może być wybrana jedynie spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Argumentowano następnie, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał wniesienia wadium. Wymaganie to zostało zawarte w pkt VIII. SIWZ oraz w sekcji III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazał wymagania dotyczące wysokości wadium dla każdej części zamówienia, poinformował w jakich formach i gdzie wadium należy wnieść, jednocześnie Zamawiający wskazał, na jakich zasadach wadium będzie zwracane i w jakich przypadkach wadium zostanie zatrzymane poprzez odesłanie do odpowiednich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył przed upływem terminu składania ofert:

- dla części 1 zamówienia Gwarancję przetargową nr 05066KT615 na kwotę 40 000,00 zł wystawioną przez mBank,
- dla części 2 zamówienia Gwarancja przetargowa nr 05067KTG15 na kwotę 70 000,00 zł wystawioną przez mBank,
- dla części 3 zamówienia Gwarancja przetargowa nr 05068KTG15 na kwotę 38 000,00 zł wystawioną przez mBank,
- dla części 4 zamówienia Gwarancja przetargowa nr 05069KTG15 na kwotę 40 000,00 zł wystawioną przez mBank,
- dla części 5 zamówienia Gwarancja przetargowa nr 05070KTG15 na kwotę 65 000,00 zł wystawioną przez mBank.

Treść złożonych gwarancji różni się numerem gwarancji, kwotą i oznaczeniem części zamówienia, której dotyczy. Wskazano, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie podaje definicji wadium. Definicja wadium zawarta jest w art. 70(4) § 1 ustawy Kodeks cywilny, gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Funkcje wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylenia się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy. Rola wadium kończy się w momencie zawarcia umowy. W ustawie Prawo zamówień publicznych

określono zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy jego wnoszenia, zasady jego zatrzymania oraz zwrotu. Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 17.06.2008 r., KIO/UZP 537/08; z dnia 23.01.2009 r., KIO/UZP 62/09; z dnia 2.04.2015 r. KIO 532/15, KIO 534/15). Stanowisko powyższe uzasadnia również przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyrażający zasadę równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, w której wadium wniesione w pieniądzu zabezpieczałoby zamawiającego w szerszym zakresie niż wadium wniesione w innej formie, a to z tej przyczyny, że okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium zostały w sposób węższy określone w treści gwarancji czy poręczenia, zaś w przypadku pieniądza znajdują bezpośrednio zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie klienta. Bank oświadcza, że zgodnie z jej treścią, zaspokoi przyjmującego gwarancję beneficjenta, jeżeli zleceniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań. Celem gwarancji jest dodatkowe zapewnienie jej beneficjentowi wykonania umowy przez kontrahenta. Gwarancja bankowa musi zatem dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Stanowisko takie wyrażone jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 10.06.2015 r. (sygn. akt KIO 1125/15), wyrok z dnia 4.05.2015 r. (sygn. akt KIO 821/15), wyrok z dnia 17.03.2015 r. (sygn. akt KIO 422/15).

Wskazano również, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (KIO 484/2014). Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych opisanie zabezpieczonego rezultatu może nastąpić przez przywołanie numerów przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych albo przez określenie wynikających z ww. przepisów okoliczności, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium lub odesłanie do

ustawowych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w innych dokumentach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2014 r. (KIO 484/2014) „jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe. Nie ulega również wątpliwości, że określenie warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy aniżeli ustawowe warunki zatrzymania wadium powoduje, że gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe ustanowienie wadium.”.

Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13.11.2009 r., (sygn. akt XII Ga 350/09). Uzasadniając swoje stanowisko Sąd stwierdził, że „obowiązek prawidłowego sformułowania gwarancji bankowej w zakresie wskazania przypadków, w których gwarant ma obowiązek świadczyć na rzecz beneficjenta, wynika także z treści art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Ten obowiązek jest konsekwencją abstrakcyjnego charakteru zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej. Sąd podziela pogląd KIO co do charakteru prawnego gwarancji bankowej zaprezentowany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne, treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. Przywołany przepis określa bowiem sytuacje rodzące po stronie banku - gwaranta obowiązek zapłaty na rzecz zamawiającego jako beneficjenta gwarancji. Skoro wykonawca W. L. wybrał jako formę wadium gwarancję bankową, to powinien złożyć ją w takiej postaci, aby miała odpowiednią formę i treść.”.

Zamawiający przytoczył także, że w wyroku z dnia 2.04.2015 r. (sygn. akt KIO 532/15; KIO 534/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami p.z.p. i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ww. ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ww. ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej, jako instrukcyjne”.

W orzecznictwie prezentowany jest również pogląd, że zamawiający tworząc SIWZ, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który

wykonawcy będą mogli wnosić wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi powielać i powtarzać postanowień ustawy dotyczących form wnoszonego wadium, czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Tym bardziej zamawiający w SIWZ nie może tworzyć własnych regulacji i stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie. Natomiast wykonawcy powinni zadbać, aby wnoszone przez nich wadia były zgodne z ustawą, czyli np. w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z treści tych dokumentów musi wynikać zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą. Uzasadnieniem dla wskazanego działania wykonawcy jest przepis art. 455 § 2 k.c. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05, LEX nr 186161, stwierdził, że: „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”.

Zamawiający podniósł następnie, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście jest, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odwzorowania zapisów ustawy. Dopuszczalne jest na przykład ogólne odesłanie w treści gwarancji do przepisów prawa zamówień publicznych. Natomiast w sytuacji, gdy w treści gwarancji wskazuje się na konkretne przypadki zatrzymania wadium, uznać należy, że są to, w braku odmiennych, przypadki stanowiące enumeratywne tj. pełne wyliczenie. Natomiast postanowienia SIWZ w tym przedmiocie nie mają charakteru normatywnego.

Nie można również tracić z pola widzenia, że wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wskazuje się, iż wadium zabezpiecza zamawiającego przed niesolidnym, nieuczciwym wykonawcą oraz przed ewentualną zmovą wykonawców. Jego wniesienie przez wykonawców umożliwia im udział w postępowaniu oraz zabezpiecza złożoną ofertę. Wadium służy zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego, w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy P.z.p. W orzecznictwie wskazuje się, że jeśli nie pozwala na zaspokojenie przedmiotowych roszczeń, to należy traktować je tak, jakby nie zostało wniesione.

Zamawiający podkreślił, że sytuacja określenia warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy niż ustawowe przesłanki zatrzymania wadium zaistniała w przedmiotowym

postępowaniu. Złożone gwarancje bankowe nie przewidują zobowiązania mBanku (Gwaranta) do zapłaty kwoty wadium w sytuacji jeżeli Odwołujący 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. Zamawiający stwierdził w związku z tym, że trudno brak zobowiązania mBanku do zapłaty wadium w wyżej wymienionych przypadkach potraktować, jak to sugeruje Odwołujący, jako „pewną formalność służącą weryfikacji skierowanego żądania przez gwaranta”. Jest to zawężenie odpowiedzialności gwaranta. Trudno również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że w złożonej gwarancji wskazanie przypadków, w których gwarant zobowiązany będzie do zapłaty żądanej przez Zamawiającego kwoty (w zakresie węższym niż wynikający z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych) zostało przewidziane w kwestiach proceduralnych. Zapis w gwarancji jest wprost wyrażonym zobowiązaniem mBanku do zapłaty kwoty wadium w przypadku zaistnienia określonych w tej gwarancji przesłanek zatrzymania wadium. Jednocześnie Odwołujący sam przyznaje, że „Bank w gwarancji bankowej określa jedynie wobec jakich zdarzeń prawnych lub faktycznych zaktualizuje się jego odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu zapłaty wadium.”. Bank w gwarancji określa zakres swojej odpowiedzialności wobec Beneficjenta gwarancji. W przedmiotowych gwarancjach mBank określił swój zakres odpowiedzialności w sposób węższy niż ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, tym samym nie zabezpieczając w pełni interesów Zamawiającego - Beneficjenta gwarancji.

Oдноśnie stanowiska Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu „ewentualne wątpliwości co do treści gwarancji bankowej Zamawiający powinien rozstrzygnąć dokonując jej wykładni zgodnie z regułami przewidzianymi w kodeksie cywilnym” Zamawiający wyjaśnia, że treść złożonych gwarancji nie budziła jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający zgadza się, że teoretycznie celem każdej gwarancji składanej w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zabezpieczenie zapłaty wadium w przypadku zaistnienia wszystkich ustawowych przesłanek, jak również, że hipotetycznie każda gwarancja ma zabezpieczać cały okres związania ofertą, być wystawiona na wymaganą przez zamawiającego kwotę itp. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu cel tych konkretnych gwarancji wystawionych dla poszczególnych części zamówienia został wyrażony wprost, w sposób węższy niż ustawowe przesłanki zatrzymania wadium. W związku z tym brak jest jakichkolwiek podstaw, aby nadawać wyrażonemu

wprost celowi szersze znaczenie. Ponadto gwarancja jest oświadczeniem woli banku będącego gwarantem gwarancji składanym wykonawcy (zleceniodawcy gwarancji). Zamawiający jako beneficjent takiej gwarancji jest podmiotem trzecim wobec tego oświadczenia woli. Nie ma żadnego wpływu na jego treść i ukształtowanie odpowiedzialności gwaranta. Wywodzenie z treści gwarancji przesłanek rozszerzających obowiązki Gwaranta w sposób nie znajdujący wyraźnego oparcia w treści gwarancji narażałoby Zamawiającego na niemożność uzyskania środków z gwarancji w przypadku zaistnienia sytuacji, jeżeli w której 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.

Zamawiający podniósł także, że w wyroku z dnia 25.06.2015 r. (sygn. akt KIO 1222/15) Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu stwierdziła: „W wyroku z dnia 3 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 868/08, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ustawa nie daje możliwości zmiany postanowień gwarancji po terminie składania ofert. Możliwość zastosowania art. 65 k.c. jest wyłączona, gdyż ma on zastosowanie do umów, a gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem jednostronnym gwaranta do zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta po złożeniu oświadczenia przez beneficjenta. Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 594/09 Izba wskazała, że dokument potwierdzający wniesienie wadium należy rozpatrywać, biorąc pod uwagę ściśle jego brzmienie. Jeżeli w treści gwarancji nie wymieniono dwóch przesłanek utraty wadium, nie można zakwalifikować tego, jako błędu pisarskiego (błędu w drukowaniu). Gwarancja bankowa stanowi zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w relacji do stosunku podstawowego, tj. stosunku przetargowego. Do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli, wskazanych w art. 65 § 1 ustawy - Kodeks cywilny. Pewność, co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia oceny dla skuteczności wniesienia wadium.”.

Natomiast w wyroku z dnia 10.06.2015 r. (sygn. akt KIO 1125/15) Krajowa Izba Odwoławcza „przychyliła się do twierdzeń odwołującego, iż możliwe jest zastosowanie wykładni oświadczeń woli przewidzianej w art. 65 k.c., jednak dokonanie takiej wykładni nie może prowadzić do uzupełnienia treści gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Zapewnienia, iż gwarancja wadialna zabezpiecza również zamawiającego na



wypadek, gdyby odwołujący nie wniósł wymaganego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie można wyinterpretować wyłącznie z celu, w jakim odwołujący przedmiotową gwarancję przedłożył."

W związku z powyższym Zamawiający - Beneficjent nie może złożonej gwarancji interpretować rozszerzająco, a jego interes musi być zabezpieczony w sposób nie budzący żadnych wątpliwości i nie dopuszczający jakichkolwiek nadinterpretacji.

Nie sposób również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że „wymienienie w pkt 1-3 gwarancji jedynie części przesłanek z art. 46 ust. 4a ustawy PZP, (...), ma dla Banku jedynie walor informacyjny który (niezależnie od treści tego oświadczenia) nie może stanowić podstawy odmowy wypłaty wadium, nawet gdy przesłanką jego zatrzymania były okoliczności z art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie wymienione w pkt 1-3 gwarancji.". Złożone gwarancje wskazują wprost w jakiej sytuacji Bank będzie zobowiązany do zapłaty kwoty wadium. Wywodzenie z treści gwarancji przesłanek rozszerzających obowiązki gwaranta w sposób nie znajdujący wyraźnego oparcia w treści gwarancji narażałoby Zamawiającego na niemożność uzyskania środków z gwarancji w przypadku zaistnienia sytuacji jeśli Odwołujący 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. W wyroku z dnia 23.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 62/09) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 Pzp. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08)."

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że treść gwarancji nie może być wyjaśniana na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dotyczy on merytorycznej treści oferty, której gwarancja wadialna nie stanowi. Gwarancja służy zabezpieczeniu oferty. Gwarancja wadialna nie stanowi również dokumentu podlegającego uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych, bowiem przepisy te przewidują możliwość uzupełnienia lub wyjaśnienia wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości wyjaśnienia treści gwarancji na innej podstawie, bowiem skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego powinny wynikać w sposób jednoznaczny i pewny z treści dokumentu gwarancji. Podsumowując zdaniem Zamawiającego gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, tj. musi określać zakres odpowiedzialności gwaranta. Przedmiotowe gwarancje to czynią, ale wyraźnie określony w ich treści zakres odpowiedzialności Gwaranta (mBanku) jest węższy niż wynikający z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, że oferty Odwołującego złożone na każdą z części zamówienia nie zostały zabezpieczone wadium i słusznie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo Zamawiający zauważa, że wskazywane na potwierdzenie twierdzeń Odwołującego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zostały wydane w zupełnie odmiennych stanach faktycznych i w żaden sposób nie uzasadniają możliwości rozszerzającej interpretacji treści złożonej gwarancji bankowej.

W związku z uzasadnionym wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego na każdą z części zamówienia nie była zabezpieczona wadium, nie doszło również do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. dysponowanie pojazdami szczegółowo określonymi w pkt V ppkt 3 lit. b) SIWZ. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że Wykonawca, który polega na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Odwołujący w ofertach złożonych dla części 2 i 5 zamówienia wykazując spełnianie przedmiotowego warunku udziału zasobach podmiotów trzecich. Odwołujący zamiast pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w ofertach złożonych dla części 2 i 5 zamówienia złożył kopię przedmiotowych zobowiązań. Fakt ten potwierdził Odwołujący. Tym samym Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w

postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym. Zamawiający prawidłowo nie wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału, ponieważ mimo złożenia tych dokumentów oferty Odwołującego złożone na część 2 i 5 zamówienia podlegały odrzuceniu. Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, a tym samym jego oferta podlegała odrzuceniu. Prawidłowość wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wykazał wyżej. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut jest bezzasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. dysponowanie pojazdami szczegółowo określonymi w pkt V ppkt 3 lit. b) SIWZ. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, jednocześnie Zamawiający poinformował, że Wykonawca, który polega na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Odwołujący w ofertach złożonych dla części 2 i 5 zamówienia wykazując spełnianie przedmiotowego warunku udziału polegał na zasobach podmiotów trzecich. Odwołujący zamiast pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w ofertach złożonych dla części 2 i 5 zamówienia złożył kopię przedmiotowych zobowiązań. Fakt ten potwierdził Odwołujący. Tym samym Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym. Zamawiający prawidłowo nie wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału, ponieważ mimo złożenia tych dokumentów oferty Odwołującego złożone na część 2 i 5 zamówienia podlegały odrzuceniu. Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, a tym samym jego oferta podlegała odrzuceniu. Prawidłowość wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wykazał wyżej. Wezwanie Odwołującego w przedmiotowej sytuacji byłoby

czynnością zbędną, ponieważ mimo złożenia wymaganych dokumentów oferta dalej podlegała odrzuceniu. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut jest bezzasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp wyjaśniono, że Zamawiający w pkt XIII. SIWZ oraz w sekcji IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował następującymi kryteriami o następującym znaczeniu: (1) cena (brutto) - 95 %, (2) aspekt środowiskowy - 5%. Zamawiający w pkt XIII. ppkt 2 i 3 SIWZ opisał w jaki sposób dokona oceny ofert w poszczególnych kryteriach. Oferta najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych może być wybrana jedynie spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu. Oferty Odwołującego nie podlegały ocenie, ponieważ Odwołujący został wykluczony z postępowania dla każdej części zamówienia, a jego oferty podlegały odrzuceniu. Prawdopodobnie wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji również odrzucenia jego ofert Zamawiający wykazał wyżej. O wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty dla każdej części Odwołujący został powiadomiony zgodnie z wymaganiami art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferty Wykonawcy CLEANER dla części 1 i 5 zamówienia oraz oferta Wykonawcy MPO-REMONDIS dla części 2 zamówienia zostały wybrane jako najkorzystniejsze zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferty te, odpowiednio każda w części zamówienia, na którą została złożona, są ofertami, które przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny i ustalonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryterium aspektu środowiskowego. Wykonawcy, którzy je złożyli nie podlegają wykluczeniu, a oferty te nie podlegają odrzuceniu. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut jest bezzasadny.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., 2) REMONDIS OLSZTYN Sp. z o.o. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania podniósł m.in., że główny zarzut odwołania związany jest z kwestionowaniem uznania przez Zamawiającego, iż wniesione przez Odwołującego wadium jest nieprawidłowe. Przystępujący nie kwestionuje przytoczonych przepisów ustawy prawo bankowe oraz charakteru tego zabezpieczenia. Nie sposób jednak uznać za zasadne twierdzenie Odwołującego odnośnie do braku wymogów stawianych przez przepisy Ustawy co do brzmienia gwarancji bankowej stanowiącej wadium. Skoro bowiem jest to dokument abstrakcyjny i samoistny w relacji do stosunku podstawowego, a więc pozostaje zobowiązaniem do wypłaty wadium, które wynika wprost z

brzmienia gwarancji, to obligatoryjnym elementem treści poprawnie wniesionej gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Odwołujący błędzi, twierdząc, iż wskazane przez Zamawiającego przepisy ustawy Pzp nie zawierają szczegółowych wymagań co do sposobu określenia treści gwarancji bankowej. Przeciwnie - właśnie dyspozycja art. 46 ust. 4a i 5 PZP określa normy zabezpieczonego rezultatu wymagane przez ustawodawcę.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i Sądów okręgowych, opisanie zabezpieczonego rezultatu niekoniecznie musi nastąpić poprzez przywołanie wskazanych wyżej numerów przepisów ustawy. Wystarczające jest określenie wynikających z ww. przepisów czterech okoliczności, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium. Dopuszczalne jest również odesłanie do ustawowych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w innych dokumentach, jednakże odesłanie to powinno być jasne, pewne, nie budzące wątpliwości oraz nie rodzące podstaw do wątpliwości interpretacyjnych. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w powyższych normach PZP, należy uznać za nieprawidłowe. Nie ulega również wątpliwości, że określenie warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy, aniżeli ustawowe warunki zatrzymania wadium powoduje, że gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe ustanowienie wadium.

Powyższe wymogi odnośnie do obligatoryjnej treści gwarancji bankowej w zakresie „zabezpieczonego rezultatu” Zamawiający opisał w treści SIWZ. W treści sekcji III.1.1) pkt 3 i 4 wskazano, iż „Wadium będzie zwracane na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zatrzyma wadium na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Przystępujący argumentował w konsekwencji, że stawianych przez Zamawiającego wymogów odnośnie do warunków możliwości zabezpieczenia się z gwarancji nie spełniały zatem gwarancje bankowe złożone przez Odwołującego wraz z ofertą. Z gwarancji bankowych wystawionych dla Odwołującego wynikało bowiem, iż przesłanką zatrzymania wadium jest sytuacja, w której wykonawca nie złożył w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp) dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, gdy tymczasem od ponad roku przed datą rozstrzygnięcia przetargu, na skutek nowelizacji powyższej normy prawnej obowiązuje przepis, zgodnie z którym przesłanką zatrzymania wadium jest okoliczność nie złożenia przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie, o

którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, 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 wyrażenie 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. Brzmienie powyższej, aktualnie obowiązującej normy prawnej różni się zatem istotnie w stosunku do brzmienia poprzedniego. Zarówno Odwołujący, jak i bank, pozostają profesjonalistami, uczestniczącymi w obrocie gospodarczym na bieżąco.

W konsekwencji abstrakcyjnego zapisu wadium w postaci gwarancji bankowej, nie podlegającej wykładni celowościowej, nieaktualny zapis dyskwalifikował złożoną gwarancję. Powyższe skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z powodu niewniesienia wadium.

Błędnie Odwołujący próbuje bronić swojego stanowiska, twierdząc, iż bank nie może skutecznie ograniczyć warunków zatrzymania wadium. Treść gwarancji przesądza bowiem o okolicznościach, w których bank będzie zobligowany do zapłaty, tym samym wadliwe określenie tych sytuacji - w tym poprzez wskazanie nieaktualnych przepisów PZP, stanowiących przesłanki zatrzymania wadium powodują, iż ziszczenie się innych niż przewidziane w gwarancji okoliczności, przewidzianych przez przepisy art. 46 ust. 4a PZP powodowałoby możliwość odmowy zapłaty przez gwarantujący bank. Taka sytuacja powoduje konieczność uznania wadliwości wniesionego wadium.

Podniesiono, że wielokrotnie wskazywała na tę okoliczność Krajowa Izba Odwoławcza. Tak choćby w wyroku z dnia 14.08.2013 roku (KIO 1429/13) Izba wskazała, iż gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Argumentowano następnie, że gwarancja nie jest dokumentem, z którego wynika zobowiązanie banku do bezwarunkowej zapłaty w każdej sytuacji. Gwarancja bankowa jest rozwiązaniem samoistnym, dlatego istotna jest jej treść. Tutejsza Izba wielokrotnie wypowiadała się w kwestii wymogu składania aktualnych dokumentów gwarancji. Jak choćby w wyroku z dnia 27.11.2014 (KIO 2369/14) KIO wskazała, iż „składana zamawiającemu

gwarancja odwoływać się musi do brzmienia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), które jest obowiązującym w postępowaniu przez tego Zamawiającego prowadzonym - w innym przypadku trudno bowiem uznać, że odwołuje się ona do wszystkich okoliczności w przepisach wskazanych - do takiego wniosku prowadzi bowiem zestawienie brzmienia art. 46 ust. 4a sprzed i po nowelizacji."

Przystępujący wskazał, iż Odwołujący błędzi, podejmując próbę przekonania Izby o konieczności i możliwości dokonywania wykładni treści złożonej gwarancji bankowej, co jest twierdzeniem oczywiście chybionym, wobec istoty gwarancji bankowej, jako dokumentu jednoznacznie określającego zabezpieczony rezultat. Z ostrożności jednak wskazać należy, iż ewentualna interpretacja nie może być dokonywana wyraźnie wbrew literalnemu brzmieniu dokumentu i założeniu uzupełnienia przez interpretację (celowościową) tego, co powinno było się znaleźć, lecz nie znalazło w treści gwarancji. Należy tu zwrócić również uwagę na charakter prawny gwarancji - jest to zobowiązanie banku i to jej treść stanowi o tym, do czego zobowiązał się bank. Trudno zatem zakładać, że bank zobowiązał się „zgodnie z treścią zobowiązania” gdyż było ono bankowi znane. Nie sposób uznać bowiem, iż bank zobowiązał się do czegoś innego, niż wynika z treści jego zobowiązania. A zwłaszcza nie jest możliwe przyjęcie, iż bank zobowiązał się do świadczenia więcej, niż wynika z treści zobowiązania. Po wtóre, skoro jest to zobowiązanie banku i to takie, które jest ściśle związane z treścią oświadczenia (gwarancji), to rozszerzająca interpretacja Zamawiającego i Odwołującego, jakakolwiek by nie była, nie ma znaczenia dla banku, który wcale nie musi się z tą interpretacją zgodzić - a z doświadczenia życiowego wynika, iż bank w spornych przypadkach woli kwoty gwarantowanej nie wypłacić, niż wypłacić, nie będąc do tego zobowiązanym.

Zatem twierdzenie Odwołującego, iż gwarancja zawiera bezwarunkowe jednostronne oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz Zamawiającego na jego pierwsze wezwanie we wszystkich przypadkach określonych w Ustawie, jest błędne. Gwarancja, owszem zawiera jednostronne i „nieodwołalne” oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego na jego pierwsze wezwanie, ale jedynie w zakresie wynikającym z tego oświadczenia, a więc jeśli Odwołujący: 1. nie uzupełniłby listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 PZP, 2. nie uzupełniłby informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, 3. nie wyraziłby zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, wadium nie

mogłoby zostać przez Zamawiającego zatrzymane, gdyż bank nie byłby zobligowany zgodnie z treścią gwarancji do jego zapłaty.

Chybione jest przy tym twierdzenie Odwołującego, iż treść gwarancji nie powinna być określana jedynie poprzez jej literalne brzmienie. Przeczą temu choćby orzeczenia Izby wydane w sprawach pod sygn. KIO 2227/13, KIO 2229/13. Wskazano, że Izba wielokrotnie wskazywała na pierwszeństwo dla wykładni językowej, która również powinna mieć pierwszorzędne zastosowanie w przedmiotowej sytuacji.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały swoje stanowiska i argumentację.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Stan faktyczny sprawy nie stanowił istoty sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawiane przez strony w pisemnych stanowiskach. W szczególności, jako nie budzące wątpliwości i pozostające poza sporem okoliczności Izba przyjęła to, że złożone przez Odwołującego gwarancje bankowe nie wymieniały wszystkich przesłanek zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a Pzp – nie zawierały warunku zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli 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; - 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 nie kwestionował tej okoliczności, wywodząc jedynie odmienne od Zamawiającego wnioski i konsekwencje prawne (vide protokół z rozprawy: *„Potwierdza, że bank gwarant nie wymienił wszystkich przesłanek z art. 46 Pzp, jednak wymieniając tylko część z tych przesłanek nie ograniczył swojej odpowiedzialności z tytułu wadium”*). Poza sporem pozostawało również to, że Odwołujący złożył w określonych częściach kopie zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby, nie był jednak wzywany do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów przez Zamawiającego.

Kluczowe i przesądzające dla kierunku rozstrzygnięcia sporu są kwestie dotyczące złożonych gwarancji bankowych. W tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów i argumentacji Odwołującego.

Izba w pełni uznaje trafność podstaw i wniosków prawnych podanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 grudnia 2015 r., w zakresie odnoszącym się do konieczności zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w którym Zamawiający wskazał m.in., że *„w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert Zamawiający otrzyma stosowny dokument, a z jego treści wynikać będą między innymi warunki wypłaty wadium – gwarancja musi dawać Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Już w chwili otwarcia ofert Zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający określił w pkt VIII ppkt 4 SIWZ, że zatrzyma wadium na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych. W złożonej gwarancji mBank określił warunki zapłaty wadium, podając w trzech punktach warunki zatrzymania wadium. Brzmienie warunku zatrzymania wadium wymienione w pkt 1 gwarancji nie odpowiada aktualnemu brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, nadanemu ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 18 września 2014 r. poz. 1232) i obowiązującemu od 19 października 2014 r., tj. nie zawiera warunku zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli 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, - 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. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać wniesionego w dniu 18.11.2015 r. wadium w formie gwarancji bankowej za wniesione prawidłowo, gdyż nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach przypadku wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych)”. Izba uznaje także w całości za trafną argumentację prawną przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, przyjmując ją za własną.*

Dodatkowo, należy wskazać, że w orzecznictwie Izby były już rozstrzygane zagadnienia tożsame do tych stanowiących istotę sporu stron w niniejszej sprawie. Przykładowo w wyroku z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 422/15, Izba wskazała, że: *„Nieobjęcie zakresem gwarancji okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a p.z.p. pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, co z kolei skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.”*. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie klienta. Bank oświadcza, że, zgodnie z jej treścią, zaspokoi przyjmującego gwarancję beneficjenta, jeżeli zleceniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań. Celem gwarancji jest dodatkowe zapewnienie jej beneficjentowi wykonania umowy przez kontrahenta. Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Brak jest przy tym konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy P.z.p., dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy P.z.p., ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13).

Tożsame stanowisko i ocenę zawarto m.in. w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 311/15, gdzie Izba wyraziła pogląd, zgodnie z którym: *„Wadium powinno zabezpieczać ofertę od upływu terminu składania ofert (...). Od tego też momentu zamawiający powinien być uprawniony do zatrzymania wadium, również na wypadek gdy wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. 2. Kompetencja zamawiającego wynikająca z art. 36 ust. 1 pkt 8 p.z.p. nie rozciąga się z pewnością na prawo do modyfikowania ustawowych przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. 3. Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem*

abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. należy uznać za nieprawidłowe". W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że „Nie było sporne pomiędzy stronami, że gwarancja bankowa złożona przez (...) tytułem wadium nie obejmowała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. (...) Zdaniem Izby, przywołana okoliczność obligowała zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. (...) Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. obliguje zamawiającego do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wniósł wadium. (...) Skoro zatem gwarancja bankowa nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo”.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela powyższe stanowisko i nie widzi podstaw, by odstępować od utrwalonej linii orzeczniczej.

Żadnego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy nie mogły mieć także twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnych wymagań co do brzmienia zapisów gwarancji bankowej. Przede wszystkim Zamawiający wskazał w treści specyfikacji – w sposób wystarczający i zrozumiały – m.in. zasady zwracania i przesłanki zatrzymania wadium. Odwołujący, jako podmiot będący profesjonalistą, nie powinien mieć żadnych problemów z odczytaniem istoty stawianych wymagań. Niezależnie od tego, podstawowe wymogi warunkujące uznanie skuteczności wadium wnoszonych w formie gwarancji bankowych wynikają z norm zawartych w przepisach ustawy Pzp, które winny zostać wypełnione, niezależnie od ewentualnych niedoskonałości specyfikacji (która jednak w tym postępowaniu nie miała miejsca).

Następnie, racjonalnym podejściem do oceny skuteczności wniesienia wadium w danym postępowaniu jest uczynienie punktem wyjścia dla tej oceny założenia, że formy inne niż wadium pieniężne muszą dawać zamawiającemu taką samą pewność, co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje zamawiającemu wadium pieniężne, a więc fakt przelania na wskazany przez zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. Formy wadium wskazane w art. 45 ust. 6 Pzp, należy uznać za równoważne do wadium pieniężnego – tak

więc każda z nich musi dawać zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy na rachunek zamawiającego.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, 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 (ust. 4a). Zamawiający zatrzymuje 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 (ust. 5). Powyższe przepisy zawierają ustawowy katalog przypadków, w których zamawiający ma prawo zatrzymania wadium. Norma prawna zawarta w tym przepisie statuuje z jednej strony uprawnienie zamawiającego do określonego działania, ale jednocześnie należy z niej wywodzić istnienie dla wykonawcy obowiązku złożenia takiego wadium, które pozwoli zamawiającemu na realizację przysługującego mu ustawowo prawa zatrzymania wadium w każdym z przypadków enumeratywnie przewidzianych w treści przepisu. W sytuacji, gdy następuje wniesienie wadium pieniężnego istnieje stan bezwzględnej pewności, co do możliwości zatrzymania wadium w każdym z tych przypadków (jeżeli tylko wystąpi określone zdarzenie zamawiający może w sposób niezależny, czy to od działań wykonawcy, czy podmiotu trzeciego, zrealizować swoje ustawowe prawo zatrzymania). Identyczny stan rzeczy – i to na moment upływu terminu składania ofert – musi zostać zachowany także przy innych formach wnoszenia wadium. Tym samym, w przypadku gwarancji bankowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium – tak, by nawet, gdy możliwość zrealizowania ustawowego prawa zatrzymania wadium wymaga uzyskania zaspokojenia z zewnątrz, w tym przypadku poprzez uzyskanie zapłaty od banku/gwaranta, nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres

odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent – gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Warto przy tym wskazać, że celem nowelizacji brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp, obowiązującej od 19 października 2014 r., było m.in. stworzenie bariery przed ewentualnymi znowami wykonawców i wprowadzenie sankcji, w przypadku, gdy tego rodzaju znowa zaistniała. W sytuacji, gdy zakres odpowiedzialności gwaranta w sposób jednoznaczny nie uwzględnienia znowelizowanego brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp, praktyczne przełożenie celu nowelizacji na okoliczności danego postępowania o zamówienie publiczne może jawić się, jako iluzoryczne.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego dotyczącej konieczności dokonywania wykładni treści gwarancji bankowej, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy P.z.p., należy w pierwszej kolejności stwierdzić i powtórzyć za Zamawiającym, że treść złożonych gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, co zresztą Odwołujący sam przyznawał. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Podmioty uczestniczące w stosunku gwarancji to profesjonaliści, szczególnie po stronie banku należy przyjmować, że podmiot ten określa precyzyjnie zakres swojej odpowiedzialności i nie ma tu miejsca na późniejszą rozszerzającą wykładnię. Nie można przy tym, korzystnej dla strony wykładni, czynić remedium na wszystkie ewentualne błędy i zaistniałe uchybienia oraz zmieniać stanu rzeczy wbrew temu, co jasno wynika z treści dokumentu, tym bardziej gdy ma to miejsce po dokonanej już ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, kiedy to wykonawca wykluczony (mogący wygrać przetarg w sytuacji podważenia decyzji o wykluczeniu, jak również posiadający na ten moment już wiedzę, że szereg z ewentualnych podstaw zatrzymania wadium może w ogóle się nie zaktualizować) zawsze może argumentować i wspierać się oświadczeniami banku (składanymi *ex post*, po dokonanej już przez zamawiającego krytycznej ocenie otrzymanego dokumentu gwarancji wadialnej, co zapewne także nie leży w interesie wystawcy gwarancji), że przecież gwarancja, choć nie wynika to bezpośrednio z jej treści, powinna być odczytywana, jako dokument obejmujący wszystkie przesłanki zatrzymania wadium. Formalizm przypisany postępowaniu o zamówienia publiczne wymaga jednak, by to najpóźniej na moment składania ofert, tego

rodzaju okoliczności – warunkujące uznanie, że już na ten moment oferta została skutecznie zabezpieczona – wynikały w sposób jasny i precyzyjny z treści składanego dokumentu gwarancji wadialnej, tak by zamawiający właśnie na etapie badania ofert (a nie dopiero na etapie po wyborze oferty konkurenta) miał pewność, że konkretna oferta jest zabezpieczona skutecznie i w całości (a więc w odniesieniu do każdego potencjalnego przypadku zatrzymania wadium).

W odniesieniu do dowodów z pism banku złożonych przez Odwołującego na rozprawie, Izba wskazuje, że nie mogły mieć one przesądzającego znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia. W ocenie Izby dokumenty te mogły by zostać uznane jedynie jako uzupełnienie gwarancji, po terminie składania ofert i po terminie czynności zamawiającego, co nie ma znaczenia dla sprawy. Niezrozumiałe są przy tym argumenty podane w piśmie z dnia 24 grudnia 2015 r., w którym bank stwierdza, że „w ramach złożonej oferty, złożyliście Państwo gwarancje obejmujące szerszy zakres sytuacji, w których możliwe jest zatrzymanie wadium”. Przeciwnie, stan sprawy, w tym treść gwarancji, pokazuje, że zakres ten był węższy, niż wymagany przez Zamawiającego i wynikający z obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie przedłożył zapytania skierowanego do banku w dniu 22 grudnia 2015 r., co mogłoby przedstawić dodatkowy kontekst interpretacyjny przyczyn tego rodzaju stwierdzeń banku, jak również innych argumentów zawartych w odpowiedzi, które w istocie nie przystają do faktycznych okoliczności sprawy. W przedmiotowym piśmie bank zastrzegł jednocześnie, że jest to tylko stanowisko oparte na informacjach ujawnionych w piśmie z dnia 22 grudnia 2015 r., nie może ono być traktowane, jako opinia bankowa, czy inna opinia, m.in. mająca czy mogąca stanowić podstawę do ewentualnego odwołania w postępowaniu o zamówienie publiczne. Niejasność, jak również brak wiążącego charakteru ww. pisma (w tym brak możliwości uznania, że jest to dokument prezentujący wykładnię pierwotnego oświadczenia woli banku) mogły stanowić podstawę dalszej korespondencji, w wyniku której uzyskano oświadczenia banku zawarte w piśmie z dnia 12 stycznia 2016 r. W piśmie tym stwierdzono przy tym, że wystawiane jest – cytując – „w związku z chęcią doprecyzowania intencji mBanku S.A., wynikających z w/w gwarancji”. Doprecyzowywanie intencji na tym etapie postępowania, po pierwsze nie może zostać uznane za skuteczne (intencje, a w istocie zakres odpowiedzialności banku, winien wynikać w sposób jednoznaczny z dokumentu składanego najpóźniej na moment składania ofert), a po drugie, nie może stanowić okoliczności podważającej trafność oceny Zamawiającego. Przeciwnie, potwierdza ono słuszność tej oceny, w tym to, że na odpowiednim etapie postępowania zakres odpowiedzialności banku nie został w sposób precyzyjny określony. W związku z powyższym, w tym mając na uwadze wcześniejsze wywody prawne, Izba nie uznała

złożonych pism, za dowody mogące mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, zgodnie z zarzutami i żądaniami Odwołującego.

Zamawiający błędnie podał natomiast w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tej sprawie podstawą uznania oferty za odrzuconą powinien być tylko art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odnosnie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy wskazać, że przepis ten nakłada obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu na ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Niniejsze postępowanie nie jest zaś prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego. Wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp było więc niewłaściwe, wystarczającym zaś było natomiast wskazanie art. 24 ust. 4 Pzp. Za błędne należało ponadto uznać podanie przez Zamawiającego kolejnej podstawy wykluczenia, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, skoro także błędnie Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia oryginałów dokumentów, których to brak uczynił następnie podstawą do uznania nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp było w tej sytuacji, co najmniej przedwczesne. Brak oryginałów dokumentów wymagał w tym przypadku zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, której Zamawiający zaniechał. Nie ulega przy

tym wątpliwości, że Odwołujący mógł, w przypadku otrzymania wezwania, konwalidować uchybienie wynikające ze złożenia kopii dokumentów, zamiast ich oryginałów. Odwołujący wykazał ten fakt złożonymi dowodami, czego Zamawiający nie kwestionował. Zastosowanie więc dodatkowej podstawy wykluczenia, w sytuacji, gdy wykonawcy nie dano szansy na uzupełnienie braków, które Zamawiający uznał następnie za braki świadczące o nie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, było błędne. Powyższe uchybienia Zamawiającego nie mogły jednak przesądzić o kierunku rozstrzygnięcia i stanowić argumentu na rzecz uwzględnienia odwołania i orzeczenia zgodnie z żądaniami Odwołującego. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazane błędy Zamawiającego, w świetle prawidłowego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, nie mogły więc przesądzić o uwzględnieniu odwołania, gdyż ostatecznie uchybienia te nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, skoro przynajmniej jedna z podstaw wykluczenia była w pełni zasadna.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....



