

Sygn. akt: KIO/UZP 19/09

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu ~~Aw dniach~~* 20 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bartosza Zarębskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSBUD Bartosz Zarębski z siedzibą w Janowie, ul. Zembrzuska 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskową Agencję Mieszkaniową Oddział Regionalny Olsztyn w Olsztynie, ul. Kasprowicza 1** protestu ~~protestów~~* z dnia **23 grudnia 2008 r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1 . oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Bartosza Zarębskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSBUD Bartosz Zarębski z siedzibą w Janowie, ul. Zembrzuska 4 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bartosza Zarębskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSBUD Bartosz Zarębski z siedzibą w Janowie, ul. Zembrzuska 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **xxx**,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bartosza Zarębskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSBUD Bartosz Zarębski z siedzibą w Janowie, ul. Zembrzuska 4.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację budynku administracyjnego w Olsztynie przy ul. Kasprowicza 1/3 zostało wszczęte przez Zamawiającego - Wojskową Agencję Mieszkaniową Oddział Regionalny Olsztyn w Olsztynie, ul. Kasprowicza 1 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 314039-2008 w dniu 14 listopada 2008r.

W dniu 18 grudnia 2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Zamawiający dokonał wyboru Przedsiębiorstwa Budowlanego – PRZEM-BUD Przemysław Szkudelski z siedzibą w Olsztynie, ul. Obrońców Tobruku 21/28 i jednocześnie Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę INSBUD Bartosz Zarębski z siedzibą w Janowie, ul. Zembrzuska 4, zwanego dalej Odwołującym, gdyż zgodnie z częścią VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058, dalej zwaną ustawą) określił sytuacje, w których zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. Ustawa w brzmieniu znowelizowanym rozszerzyła katalog sytuacji, w których Zamawiający zatrzymuje wadium o art. 46 ust. 4a tj. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieależących po jego stronie. Odwołujący złożył wadium w formie gwarancji bankowej nr

40/20008, w której treści brak jest przesłanki wynikającej z art. 46 ust. 4a, a z gwarancji musi wynika, że we wszystkich wskazanych w art. 46 ustawy sytuacjach bank zobowiązuje się do zaspokojenia roszczeń beneficjenta. Z przedłożonego dokumentu nie wynika, że Odwołujący zabezpieczył wadium w pełni na cały okres związania ofertą. Podstawę prawną do wykluczenia, według Zamawiającego, stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Od tej czynności Zamawiającego protest wniósł Odwołujący w dniu 23 grudnia 2008r. zaskarżając czynność wykluczenia go z postępowania oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, dokonanie czynności oceny ofert oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał, że jego oferta była oferta najkorzystniejszą w postępowaniu. Powołał art. 45 ustawy regulujący zasady wnoszenia wadium, w tym dopuszczalność wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej. Podzielił stanowisko Zamawiającego, że art. 46 ust. 4a i 5 ustawy określają przesłanki dopuszczalności zatrzymania wadium przez Zamawiającego. Jednakże nie zgodził się z czynnością wykluczenia go z postępowania wskazując na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 537/08 z dnia 17 czerwca 2008r. Zdaniem Odwołującego, złożona gwarancja bankowa w pełni zabezpiecza wadium, gdyż z jej treści wynika, że bank zapłaci Zamawiającemu wadium w wysokości 40 000zł w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w pkt 2 gwarancji, w tym w sytuacji, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co w jego ocenie obejmuje sytuację przewidzianą w art. 46 ust. 4a. Protest został podpisany przez właściciela firmy Odwołującego zgodnie z zaświadczeniem z ewidencji działalności gospodarczej załączonym do oferty.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 31 grudnia 2008r. oddalając go w całości. W uzasadnieniu podtrzymał argumentację zawartą w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz podniósł, że Obowiązek wniesienia wadium jest jednym z podstawowych obowiązków wykonawców. Ustawa nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących treści i formy gwarancji bankowej, dlatego w tym zakresie znajduje zastosowanie art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe zgodnie, z którym gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Gwarancja ubezpieczeniowa, czy bankowa musi obejmować wszystkie sytuacje wskazane w ustawie, zatem jeśli art. 46 ust. 4a określa taką sytuację, to

ta przesłanka musi znaleźć się w treści gwarancji, w przeciwnym wypadku Zamawiający nie mógłby wykonać uprawnień wynikających z ustawy tj. zatrzymać wadium. Zamawiający w części VIII siwz wymienił wszystkie sytuacje, w których zatrzyma wadium, natomiast Odwołujący nieuprawnieni utożsamia prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium tylko z przesłankami określonymi w art. 46 ust. 5 ustawy. Podniósł, że wyrok Izby sygn. akt 537/08 odnosi się do stanu prawnego sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008r.

W dniu 5 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty zgłoszone w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, dokonania czynności oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz orzeczenie zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył treść części VIII pkt 7 siwz. Wskazał, że wniósł gwarancję bankową nr 40/2008 przewidującą obowiązek zapłaty kwoty wadium na rzecz Zamawiającego w następujących wypadkach, gdy:

- wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Podniósł, że treść złożonej gwarancji bankowej nie musi być kopia przepisów ustawy czy siwz, a jedynie zapewniać Zamawiającemu możliwość zaspokojenia się w oparciu o gwarancję bankową w taki sam sposób jak gdyby wadium wpłacono gotówką. Według Odwołującego mimo braku literalnego wskazania przesłanki z art. 46 ust. 4a ustawy, gwarancja wadialna zabezpiecza Zamawiającego w takiej sytuacji, gdyż można uznać, że jest to sytuacja, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy. Wskazał, że na podstawie art. 14 i art. 139 ustawy do postępowania mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, o ile nie są one sprzeczne z zapisami ustawy. Art. 70¹kc reguluje zasady zawarcia umowy w drodze przetargu i wiąże organizatora przetargu i oferenta warunkami tego przetargu. Według Odwołującego nie złożenie dokumentów lub oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w części VI siwz na wezwanie Zamawiającego spowodowałyby, że zawarcie umowy z takim wykonawcą byłoby niemożliwe z przyczyn przez niego zawinionych i uprawniałoby Zamawiającego do wystąpienia do banku gwaranta o wypłatę kwoty wadium. Oznacza to, że w gwarancji bankowej załączonej przez Odwołującego do oferty objęto wszystkie przypadki, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium. Takie stanowisko Odwołującego jest potwierdzone dowodem w postaci oświadczenia banku – gwaranta, że dokonałby zapłaty kwoty wadium we wszystkich okolicznościach przewidzianych w treści siwz. Podniósł ponadto, że jego argumentacja jest prawidłowa, gdyż choć art. 70⁴kc pozwala zatrzymać wadium w przypadku wyboru oferty uczestnika przetargu, to zasada ta na gruncie ustawy doznaje wyjątku, gdyż zgodnie z art. 46 ust. 4 a ustawy Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium jeszcze przed wyborem oferty.

Do odwołania Odwołujący załączył kserokopię gwarancji nr 40/2008 oraz oświadczenie Warmińskiego Banku Spółdzielczego Oddziału w Jonkowie z dnia 5 stycznia 2009r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w rozdziale VIII siwz zawarł warunki wnoszenia wadium. W pkt 7 tegoż rozdziału wskazał okoliczności, w których zatrzyma wadium wraz z odsetkami tj. gdy :

1. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, iż nie wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
2. wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
3. wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W rozdziale XIII siwz w pkt 2 Zamawiający wskazał, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena o wadze 100%.

Odwołujący na stronie 96 oferty złożył gwarancję nr 40/2008 z dnia 1 grudnia 2008r. wystawioną przez Warmiński Bank Spółdzielczy Oddział w Jonkowie, zgodnie z którą Bank zobowiązywał się wypłacić bezwarunkowo i nieodwołalnie kwotę zobowiązania na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Beneficjenta w terminie związania ofertą zawierające oświadczenie, iż Zleceniodawca :

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w siwz,
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy.

W dniu 5 stycznia 2009r. Bank złożył oświadczenie, że zapoznał się z siwz na modernizację budynku administracyjnego w Olsztynie, przy ul. Kasprowicza 1/3. W przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w części VIII pkt 7 ust. 1 siwz Bank oświadczył, że wykonałby swoje zobowiązanie na podstawie udzielonej gwarancji bankowej, gdyż w jego ocenie w takiej sytuacji zawarcie umowy stałoby się niemożliwe z winy Zleceniodawcy, a po wypłacie sumy gwarancji Bank potrąciłby jej równowartość z konta bankowego Zleceniodawcy.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 stycznia 2009r. wskazał, że wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy tj. 2 990 142,48zł.

Izba ustaliła, iż stanowi to równowartość 771 231,71 euro.

Zamawiający przedkładając dokumentację postępowania pismem z dnia 13 stycznia poinformował Izbę, że :

- Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą (upłynął on 3 stycznia 2009r.)
- nie wniósł wadium na wydłużony okres związania ofertą (mimo wezwania wyrażonego w piśmie informującym w wniesieniu protestu nr OReg-ZliNW-7720-24-17/08/16578)
- Zamawiający dnia 5 stycznia 2009r. otrzymał treść odwołania bez podpisu osoby uprawnionej, dlatego też Zamawiający miał wątpliwości, czy zewnętrzny wyraz żądania jest zgodny z wolą Odwołującego oraz czy jest autentyczny.

Izba ustaliła, że kopia odwołania przesłana do Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2009r. nie zawiera kserokopii podpisu składającego odwołanie.

Na podstawie druku ZP-12 Izba ustaliła, że Odwołujący zaoferował cenę, która była najniższą ceną spośród złożonych ofert i wynosiła 2 119 175,11zł.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o wykonawcach wykluczonych z postępowania i oświadczenia z dnia 5 stycznia 2009r. Warmińskiego Banku Spółdzielczego Oddział w Jonkowie oraz oferty Odwołującego.

Izba rozważyła stanowiska stron i ich pełnomocników przedstawione w pismach procesowych oraz zaprezentowane na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Podnoszony przez Zamawiającego zarzut braku podpisu na kopii odwołania w ocenie Izby nie może skutkować odrzuceniem odwołania na posiedzeniu, gdyż taki zarzut nie mieści się w granicach przesłanki określonej w art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy. Art. 184 ust. 2 ustawy stanowi o obowiązku Odwołującego przekazania Zamawiającemu kopii treści odwołania. Wymóg ten ma pełnić dwie funkcje :

1. funkcję gwarancyjną chroniącą Zamawiającego przed naruszeniem art. 182 ust. 1 ustawy tj. naruszeniem zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a w konsekwencji nieważnością umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyby w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu doszło do uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
2. funkcję informacyjną umożliwiającą Zamawiającemu ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w odwołaniu i przygotowanie do posiedzenia i rozprawy w postępowaniu odwoławczym.

Ustawodawca wyraźnie w przepisie art. 184 ust. 2 i konsekwentnie w art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy posługuje się pojęciem kopii, a więc nie sposób traktować dokumentu przekazanego Zamawiającemu jako oświadczenia woli, gdyż brak jest obowiązku spełnienia wymogu

złożenia własnoręcznego podpisu. Zamawiający nie zaprzeczył, że w terminie do wniesienia odwołania treść odwołania została mu doręczona i mógł się zapoznać z jej treścią, również nie zaprzeczył, że treść ta jest tożsama z treścią odwołania złożonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tej sytuacji Izba uznała, że kopia treści odwołania została przekazana Zamawiającemu zgodnie z wymogami art. 184 ust. 2 ustawy i odwołanie z tego względu nie podlega odrzuceniu.

Izba stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego niewątpliwie pod względem cenowym jest ofertą z najkorzystniejszą ceną i gdyby Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Fakt wygaśnięcia gwarancji wadialnej w dniu 3 stycznia 2009r., a więc na dwa dni przed wniesieniem odwołania, nie pozbawia go interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Wykładnia przeciwna prowadziłaby do sprzeczności z treścią art. 46 ust. 3 ustawy. Przepis ten stanowi o obowiązku Zamawiającego żądania ponownego wniesienia wadium od wykonawców wykluczonych z postępowania lub tych, których oferty odrzucono, którzy złożyli wniosek o zwrot wadium na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeśli w wyniku tego rozstrzygnięcia unieważniono czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Gdyby przepis art. 46 ust. 3 ustawy interpretować zawężająco, jak oczekuje tego Zamawiający, tylko do sytuacji zwrotu wadium w formie pieniężnej, doszłoby do uprzywilejowania wykonawców składających wadium w tej właśnie formie. Zatem, mimo braku wyraźnego wskazania ustawodawcy, warunkiem istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym przypadku, nie jest fakt posiadania oferty zabezpieczonej wadium w dacie wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Zamawiający w przypadku korzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia jest zobowiązany zastosować art. 46 ust. 3 ustawy i wezwać wykonawcę do ponownego wniesienia wadium. Zatem sytuacji zaskarżenia czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, dopuszczalna jest sytuacja, w której wadium wygaśnie lub zostanie zwrócone na etapie postępowania protestacyjno-odwoławczego, a po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu zostanie ponownie wniesione. Izba biorąc powyższe pod uwagę oraz rozważając możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego w wyniku uwzględnienia jego odwołania, uznała, że została spełniona przesłanka materialnoprawna określona w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu braku pełnego zabezpieczenia

wadium i odrzucenia jego oferty, mimo tego, że oferta pozostaje zabezpieczona wadium w pełnym zakresie, w tym wynikającym z art. 46 ust. 4a ustawy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 46 ust. 4 a ustawy został prowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058) i obowiązuje od 24 października 2008r. Postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 14 listopada 2008r., a więc po wejściu w życie przepisów znowelizowanych. W tej sytuacji warunki realizacji świadczenia z gwarancji powinny obejmować także sytuację określoną w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy.

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że z literalnego brzmienia gwarancji nr 40/2008 nie wynika, że Bank zobowiązał się do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a ustawy. Jednakże spór sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy sytuacja określona w art. 46 ust. 4a ustawy mieści się w przesłance określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy.

Art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. (t.j. Dz.U. z 2002r. Nr 72 poz. 665 zm. Dz.U.2008r. Nr192 poz.1179) stanowi, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Z brzmienia powyższej definicji wynika, że do essentialia negotii gwarancji bankowej należą co najmniej określenie warunków świadczenia pieniężnego i złożenia przez bank zobowiązania do spełnienia świadczenia pieniężnego, w przypadku zaistnienia określonych warunków. 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. Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o zamówienie publiczne warunki te zostały określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 46 ust 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy. Oczywistym jest, że nie ma wymogu ścisłego cytowania tych przepisów, określenie warunków może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających czy też nawet w sposób lakoniczny poprzez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie. Niemniej jednak wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. W przedmiotowej sprawie taka wątpliwość

powstała po stronie Zamawiającego i Izba uznała ją za uzasadnioną. Przede wszystkim Odwołujący słusznie zauważył, że ustawa reguluje prawo do zatrzymania wadium w sposób szerszy niż przepis art. 70⁴ kc, obejmując swoim działaniem także sytuacje przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Jednakże ustawodawca wyraźnie odróżnił sytuację wykonawcy i los wniesionego przez niego wadium przed wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. w toku postępowania i po dokonaniu wyboru. W zakresie instytucji zatrzymania wadium odmiennosc tych sytuacji regulują dwie osobne jednostki redakcyjne :

- art. 46 ust. 4 a ustawy odnosi się do sytuacji przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś
- art. 46 ust. 5 ustawy poprzez użycie przez ustawodawcę słów „wykonawca, którego oferta została wybrana” do sytuacji po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto należy zauważyć, że art. 46 ust. 4 a ustawy odnosi się do wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bez względu na ich szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast dyspozycja art. 46 ust. 5 ustawy dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Stąd też stanowisko Zamawiającego, że wadium wniesione w postaci gwarancji nr 40/2008 nie zabezpiecza w pełni jego roszczeń jest zasadne. Zamawiający będąc związany przepisami ustawy, nie mógłby wystąpić do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium z przedmiotowej gwarancji bankowej, w przypadku nie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo że wykonawca uchyliłby się od złożenia dokumentów lub oświadczeń na wezwanie. Nie zmienia tego faktu oświadczenie gwaranta, który uznał tę sytuację za mieszczącą się w granicach art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdyż wobec braku podstawy prawnej określonej przepisami PZP, Zamawiającemu nie służyłoby takie roszczenie, bez jednoczesnego wyboru Odwołującego i uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Gdyby zaś z takim żądaniem wystąpił naruszyłby przepisy ustawy. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 22 ustawy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie określił, w jaki sposób Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ustawy, ani jaki zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący podnosi. Odwołujący powiązał ten zarzut z zarzutem wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty z powodu braku wadium. Zarzut ten jednak nie odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący również w żaden sposób nie dowiódł, ani nie uargumentował

istnienia takiego powiązania. W tej sytuacji Izba uznała zarzut naruszenia art. 22 ustawy za nieudowodniony.

Izba orzekła jak w sentencji uznając, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 22, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejsze wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....