

WYROK
z dnia 13 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2014 r. przez wykonawcę **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 17, 56-400 Oleśnica**

przy udziale wykonawcy **Maxtruck Sp. z o. o., ul. Sarmacka 11/40, 02-972 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** z postępowania, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 17, 56-400 Oleśnica** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 17, 56-400 Oleśnica** na rzecz **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** kwotę **18 600 zł 00 gr**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 17, 56-400 Oleśnica, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Oleśnicy dostawa maszyn i urządzeń - ETAP I” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 sierpnia 2014 r., pod nr 163-292681.

W dniu 29 października 2014 roku, wykonawca Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht (zwany dalej „odwołującym”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia wykluczenia Odwołującego oraz przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący podał, że po otwarciu ofert Zamawiający stwierdził, że gwarancja bankowa załączona do oferty jako wadium nie spełniała wymogów SIWZ i na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP wykluczył Odwołującego z postępowania. Ponadto Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, nie podając jednak żadnego uzasadnienia czym motywował odrzucenie oferty.

W zakresie kwestionowania prawidłowości złożonej wraz z ofertą gwarancji bankowej podniósł, że Zamawiający zarzucił iż gwarancja bankowa złożona jako wadium nie zawiera w swej treści opisu sytuacji, w których Zamawiający będzie mógł domagać się wypłaty środków przez bank, a które to sytuacje były wymienione w rozdz. IX pkt 2.2.e/ SIWZ. Z powyższego Zamawiający wywiódł, że gwarancja nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący nie złożył wadium w wymaganej formie i wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) PZP. Odwołujący podał, że zgodnie z tłumaczeniem gwarancji bankowej załączonej do oferty, zobowiązanie banku zostało określone w następujący sposób: *„...zobowiązując się nieodwołalnie, nie uwzględniając zastrzeżeń i propozycji oferenta lub osób trzecich oraz nie biorąc pod uwagę ważności i mocy prawnej przetargu lub oferty jak też rezygnując z wszelkich zastrzeżeń w tej samej sprawie, do wypłaty na Państwa [Zamawiającego] rzecz każdej kwoty wyznaczonej nam przez Państwa w ramach górnego limitu odpowiedzialności gwaranta, w chwili otrzymania Państwa pierwszego pisemnego żądania, w którym jednocześnie oświadczą Państwo, iż oferent nie wywiązał się ze zobowiązań jakie zostały na niego nałożone w*

związku z uczestnictwem w przetargu.” Z powyższego zobowiązania banku niewątpliwie wynikało, że Zamawiający uzyska kwotę wadium w każdej sytuacji, w której zgodnie z Pzp będzie uprawniony do zatrzymania wadium. Bank nie wymagał bowiem od Zamawiającego żadnego szczegółowego uzasadnienia żądania wypłaty. Wystarczające będzie, gdy Zamawiający oświadczy, że Odwołujący nie wywiązał się ze zobowiązań jakie zostały na niego nałożone w związku z uczestnictwem w przetargu. Ponadto w myśl treści gwarancji bez znaczenia będzie przy tym, czy niewywiązanie się Odwołującego ze zobowiązań będzie wynikało z odmowy podpisania umowy, z braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy, uniemożliwienia zawarcia umowy przez Odwołującego z innych przyczyn lub z braku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Złożona gwarancja nie ogranicza więc w żaden sposób ustawowych uprawnień Zamawiającego. Ponadto stwierdził, że złożona gwarancja jest nawet korzystniejsza w stosunku do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z tym stanowiskiem bowiem gwarancja powinna uprawniać do uzyskania płatności w czterech ściśle określonych przypadkach. Tymczasem gwarancja przedłożona przez Odwołującego uprawnia Zamawiającego do uzyskania płatności nie tylko w czterech przypadkach przewidzianych w Pzp i SIWZ, ale także - czysto teoretycznie - w dowolnej sytuacji, w której Zamawiający chciałby z gwarancji skorzystać. Na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska wskazał na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej podnosząc między innymi, że z przedstawionego orzecznictwa wynika, że w przypadku weryfikowania gwarancji bankowych składanych jako wadium należy skoncentrować się na skuteczności zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego. Kwestia zacytowania w treści gwarancji przesłanek uprawniających do zatrzymania wadium zgodnie z Pzp jest przy tym drugorzędna. Podał również, że wbrew sugestiom Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający może mieć pewność na podstawie literalnej analizy gwarancji, iż spełnia ona wszystkie przewidziane w SIWZ warunki. Nadto na rozprawie dodał, że z treści rozdz. IX pkt 2.2 nie wynika, iż zawarte pod lit. e wyszczególnienia, należało w sposób literalny wymienić w SIWZ, ale należało dokonać w taki sposób opisanie zakresu gwarancji, aby wskazane w SIWZ przypadki zostały nią objęte.

Ponadto stwierdził, że argumentacja Zamawiającego co do nieprawidłowości złożonej gwarancji wadialnej jest nowym stanowiskiem Zamawiającego nie wskazanym w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zamawiający nie wniósł na piśmie odpowiedzi na odwołanie, lecz w prezentowanym ustnie stanowisku wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Ponadto podniósł, że Zamawiający w SIWZ wskazał wymagania co do wadium w rozdz. IX pkt 2.2 lit. e, gdzie postanowił iż wykonawcy winni byli w treści gwarancji bankowej literalnie wskazać przesłanki, w przypadku zaistnienia których, złożone wadium będzie podlegało zatrzymaniu.

Oceniając treść złożonej gwarancji podał, że nie zawiera ona wymaganej przez Zamawiającego bezwarunkowości wypłaty kwoty gwarancyjnej, gdyż zawiera sformułowanie ją ograniczającą lub nawet wyłączające. Stanowisko to wywodzi z jej treści, gdzie zostało podane, że dla możliwości skorzystania z gwarancji niezbędne jest złożenie oświadczenia, cyt. „w których jednocześnie oświadczą państwo, iż oferent nie wywiązał się z zobowiązań, jakie zostały na niego nałożone w związku z uczestnictwem w przetargu”, tym samym, aby można było zaspokoić się z gwarancji, Zamawiający musi wskazać przyczyny zmierzające do zatrzymania wadium. Przy bezwarunkowości gwarancji takie wymaganie nie ma miejsca. Podał także zastrzeżenia co do prawidłowości sformułowania w gwarancji kwestii dotyczących możliwości zaspokojenia się z gwarancji oraz terminu jej wygaśnięcia. Interpretując zwrot „zobowiązanie gwarancyjne wygasa w momencie otrzymania zwrotu oryginału niniejszej gwarancji od państwa lub od osoby trzeciej w celu realizacji zobowiązania. Gwarancja wygasa jednakże najpóźniej do 15 grudnia 2015 r.”. podał, że jego zdaniem, aby zamawiający mógł skorzystać gwarancji, to musi najpierw zwrócić jej oryginał. Zwrot oryginału pozbawia go dokumentu gwarancyjnego, a więc i samej gwarancji, ponadto z chwilą zwrotu oryginału gwarancji gwarancja wygasa.

W stanowisku końcowym podał iż złożona gwarancja obejmuje zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego wynikających z jego uczestnictwa wykonawcy w przetargu, natomiast zgodnie z przepisami Pzp, przetarg kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Interpretując zwrot z gwarancji iż możliwość zaspokojenia się z gwarancji dotyczy tylko sytuacji, kiedy oferent nie wywiązał się z zobowiązań, *jakie zostały na niego nałożone w związku z uczestnictwem w przetargu*, wywiódł iż odpowiedzialność wadialna kończy się z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym jego zobowiązanie nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3, dotyczących sytuacji możliwej odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a w szczególności kiedy wykonawca będzie uchylał się od podpisania umowy z zamawiającym.

Przystępujący do postępowania wykonawca Maxtruck Sp. z o. o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w treści przystąpienia oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie poparł stanowisko Zamawiającego oraz podał, że gwarancja nie zawiera określenia, kto jest jej beneficjentem. Wskazanie w części wstępnej, do kogo jest adresowana nie jest tożsame ze wskazaniem osoby uprawnionej do zaspokojenia się z gwarancji. Nadto gwarancja nie wymienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, sytuacji, w których Zamawiający będzie miał możliwość zaspokojenia się z gwarancji, tym samym nie spełnia warunków w tym zakresie. Podniósł za Zamawiającym, że gwarancji tej nie można przyznać cech bezwarunkowości, gdyż gwarancja jest warunkowa zarówno z powodu wskazanego przez Zamawiającego, jak również z tego powodu, że dla możliwości

zaspokojenia się z niej konieczny jest zwrot oryginału, gdyż zwrot oryginału, zgodnie z dalszym brzmieniem postanowienia gwarancji, powoduje jej wygaśnięcie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zostaje uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Strony postępowania nie składały również wniosków w tym zakresie.

Odnosząc się do zakresu podniesionych w odwołaniu zarzutów, należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający w trakcie rozprawy przed KIO w zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego niezasadnego odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, oświadczył, że zarzut ten, został podany w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, omyłkowo. Tym samym oświadczył, że cofa ten zarzut wobec oferty odwołującego. Tym samym rozpatrzeniu podlegał tylko zarzut dotyczący wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu uznania złożonej gwarancji wadialnej za niewłaściwą.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 października 2014 roku dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty podał, że wyklucza wykonawcę Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edeweicht - odwołującego z postępowania, gdyż : **„z uwagi na fakt, iż nie wniósł on wadium zgodnie z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Otóż wadium wniesione przez tegoż Wykonawcę w formie gwarancji bankowej nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w przedmiocie wyszczególnienia konkretnych wszystkich elementów, które powinno zawierać, skoro nie jest wnoszone w pieniądzu. Jak wynika z załączonego do oferty tłumaczenia gwarancji bankowej brak jest w gwarancji określenia konkretnych przesłanek, których zaistnienie miałyby powodować możliwość skorzystania przez Zamawiającego z przedłożonej gwarancji. W załączonej gwarancji brak jest wskazania, które zawarte było konkretnie w specyfikacji, a które powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji. (...) brak takiego zobowiązania w treści załączonej gwarancji stawia Zamawiającego w sytuacji konieczności interpretacji treści wadium w postaci gwarancji bankowej, a Zamawiający z uwagi na funkcję jaką pełni wadium w postępowaniach przetargowych musi mieć pewność na podstawie literalnej analizy gwarancji, iż dana gwarancja spełnia wszystkie przewidziane SIWZ warunki. Załączona gwarancja jak wynika z**

tłumaczenia dostarczonego przez Wykonawcę nie spełnia warunków określonych w Specyfikacji, (...) Wykonawca nie dopełnił obowiązku przedkładając wadium o treści nieodpowiadającej wymogom Specyfikacji i nie obejmujących zaistnienie konkretnych przesłanek, które wymienił Zamawiający”.

W powyższej kwestii podkreślić należy, że dokonując oceny zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (art. 180 ust.1 ustawy Pzp) należy mieć na względzie tylko zarzuty do oferty wyspecyfikowane wprost w informacji o ocenie oferty danego wykonawcy. Treść informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ma zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego oraz determinuje zakres zarzutów które wobec tej czynności może wywieść odwołujący się wykonawca. Tym samym za niezasadne należy uznać wywodzenie zarzutów wobec dokumentów oferty nie wyspecyfikowanych wprost w informacji pochodzącej od Zamawiającego. Informacja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania może nastąpić zarówno w trakcie czynności i badania ofert, a także może zostać podana wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przechodząc do oceny prawidłowości złożonej gwarancji wadialnej, zauważyć należy iż złożenie wadium w formie gwarancji bankowej jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu. 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 (por wyrok KIO 814/10).

Dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 ustawy 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/).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania stwierdzić należy iż niewątpliwym jest fakt, że Zamawiający w SIWZ postanowił w rozdz. 9 pkt 2.2.lit e wymóg podania w gwarancji wadialnej dokładnie sprecyzowanych przez niego sytuacji, w jakiej sytuacji Zamawiający dokona zatrzymania wniesionego w formie gwarancji

bankowej wadium. Dokonując interpretacji treści informacji Zamawiającego z dnia 20.10.2014 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty, uprawnionym jest – biorąc pod uwagę treść tej informacji, przyjęcie stanowiska, że powodem nieuznania ważności złożonej gwarancji było niezastosowanie się wykonawcy do postanowień SIWZ w tym zakresie. O takim podejściu niewątpliwie świadczy treść zawarta w informacji, cyt. *„wniesione przez tegoż Wykonawcę w formie gwarancji bankowej nie odpowiada wymogom Zamawiającego w przedmiocie wyszczególnienia konkretnych wszystkich elementów, które powinno zawierać,(...),Wykonawca nie dopełnił obowiązku przedkładając wadium o treści nieodpowiadającej wymogom Specyfikacji i nie obejmujących zaistnienie konkretnych przesłanek, które wymienił Zamawiający”*. Tym samym o nieuznaniu prawidłowości gwarancji zdecydowały względy formalne, a nie merytoryczne. Tak zdaje się oceniał sprawę sam Zamawiający, gdyż oprócz wykluczenia wykonawcy stwierdził niezgodność treści oferty z SIWZ i na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ofertę odrzucił. Jednakże podstawa faktyczna odrzucenia oferty nie została wprost wskazana w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Również Izba nie miała podstaw do rozpatrywania zasadności odrzucenia oferty, gdyż Zamawiający oświadczył, że zarzut ten wobec oferty odwołującego został postawiony omyłkowo. Wobec takiego oświadczenia odwołujący przyjął stanowisko Zamawiającego za odpowiadające jego interesowi i nie podtrzymał tego zarzutu w stanowisku prezentowanym na rozprawie.

Odnosząc się do tej kwestii, Izba biorąc pod uwagę treść tego oświadczenia złożonego na rozprawie stwierdza, że każde oświadczenie tego typu Zamawiającego winno być tylko traktowane jako uwzględnienie zarzutu odwołania, a to winno skutkować uwzględnieniem całego odwołania. Zamawiający miał wystarczający okres czasu, aby stosowne oświadczenie w tym zakresie złożyć przed terminem posiedzenia przed KIO, a nie dopiero pod wpływem analizy swoich racji procesowych, dokonać tego na etapie procedowania przez Izbą. Wycofanie się Zamawiającego na rozprawie z czynności odrzucenia oferty wykonawcy Izba potraktowała jako uznanie zasadności podniesionego zarzutu, niezależnie od prezentowanych w tym zakresie motywów złożenia takiego oświadczenia.

Przechodząc do oceny prawidłowości złożonej gwarancji wadium, Izba stwierdza, że o prawidłowości gwarancji winna przesądzać jej treść, a nie jej forma. Skuteczne wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest kwestią faktu a nie formy. Brak wyspecyfikowania w jej treści przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 Pzp nie może być podstawą do uznania jej merytorycznej niezgodności. Treść gwarancji bankowej czytamy funkcjonalnie, tzn. czy opisany zakres gwarancji obejmuje wszystkie sytuacje wymienione w ww. przepisach ustawy oraz czy zapewnia jej płynność w

zaspokojeniu roszczeń Zamawiającego tak, jak gdyby Zamawiający dysponował wadium w formie pieniężnej.

W trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że niewątpliwym jest, iż gwarancja obejmuje zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego wynikających w związku z uczestnictwem odwołującego w przetargu. Natomiast zwrócił uwagę na fakt, że, zgodnie z przepisami Pzp, przetarg kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty i tym samym tak sformułowana treść zobowiązania wadium nie zabezpiecza sytuacji związanych z odmową lub uchylaniem się Odwołującego od podpisania umowy. Kwestie tą Zamawiający wodził z ostatniej części zobowiązania gwarancyjnego, stwierdzającego, że gwarancją objęte są zobowiązania wykonawcy jakie zostały na niego nałożone w związku z uczestnictwem w przetargu

Odnosząc się do tego stanowiska, zdaniem Izby należy dokonać analizy znaczenia wyrazów służących do wyrażania określonych treści, a więc tzw. semantyki określonej części zdania. Z analizy tej jednoznacznie wynika, że zakres odpowiedzialności, a tym samym i możliwość zatrzymania wadium dotyczy sytuacji związanych z uczestnictwem Odwołującego w przetargu, a nie w czasie trwania przetargu – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z zobowiązania tego nie wynika dokonanie rozdziału czynności Odwołującego na czynności dokonane w trakcie postępowania i po jego zakończeniu. Takie stanowiska wynika jednoznacznie z treści gwarancji i nie stanowi jej wykładni elastycznej czy liberalnej.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut Zamawiającego do wyżej opisanej kwestii braku bezwarunkowości zobowiązania wadium, z tego powodu, że Zamawiający chcący dokonać zatrzymania wadium będzie musiał składać w tym zakresie oświadczenie o niewywiązaniu się Odwołującego z obowiązków uczestnika postępowania. Stanowisko to jest niezasadne chociażby z tego powodu, że z treści rozdz. IX pkt 2.2 lit e również wynika, że zapłata kwoty gwarancji nastąpi na żądanie Zamawiającego zawierające „oświadczenie” iż postępowanie wykonawcy którego ofertę wybrano wypełnia przesłanki o których mowa w punkcie pod lit. „e”. Tym samym nie chodzi tutaj o oświadczenie podlegające ocenie banku, lecz oświadczenie wskazujące na niewykonanie przez odwołującego konkretnego obowiązku.

Nie zasadny jest również zarzut co do braku wskazania w treści gwarancji beneficjenta, gdyż gwarancja ta jest kierowana do określonego podmiotu, ponadto zawiera wskazanie nazwy postępowania oraz jego numer nadany przez Zamawiającego – czego Zamawiający nie kwestionował.

Niezasadny jest również zarzut zamawiającego co do wadliwości gwarancji w zakresie terminu jej ważności oraz obowiązku jej zwrotu. W tym zakresie Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, że zwrot co do wygaśnięcia gwarancji jest typowym zwrotem znajdującym się w każdej gwarancji, gdyż gwarancja wygasa w chwili upływu jej

ważności, a także innych sytuacjach, jak np. wyczerpaniem kwoty zabezpieczenia, a także kiedy beneficjent uzna, iż jego roszczenie zostało zaspokojone i w związku z tym winien zwrócić oryginał gwarancji.

Tym samym zarzut Odwołującego w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania, czego skutkiem było również odrzucenie jego oferty okazał się zasadny.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie stwierdziła również naruszenia innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący