

Sygn. akt: KIO 44/19

WYROK
z dnia 30 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie, Litwa oraz Jiangsu Linyang Energy Co. Ltd. z siedzibą w Qidong, Ch w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa - Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy udziale wykonawcy Sagemcom Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie, Litwa oraz Jiangsu Linyang Energy Co. Ltd. z siedzibą w Qidong, Chiny 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie, Litwa oraz Jiangsu Linyang Energy Co. Ltd. z siedzibą w Qidong, Chiny na rzecz zamawiającego Energa - Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie, Litwa oraz Jiangsu Linyang Energy Co. Ltd. z siedzibą w Qidong, Chiny kwoty **90 zł 00 gr** (słownie: dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) z tytułu nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 44/19

Uzasadnienie

Zamawiający, Energa - Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Dostawa liczników zdalnego odczytu” (nr ref. P/1/0061/2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 165-377499. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14 stycznia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie, Litwa oraz Jiangsu Linyang Energy Co. Ltd. z siedzibą w Qidong, Chiny (dalej jał „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu wniesienia wadium, które w ocenie Zamawiającego nieskutecznie zabezpiecza ofertę Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wniósł

wadium lub wniósł nieprawidłowo wadium wymagane przez Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący przedłożył Zamawiającemu prawidłową gwarancję bankową wystawioną przez Luminor Bank AB na kwotę 2.000.000,00 złotych, dotyczącą prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, na podstawie której Zamawiający mógł i nadal może zrealizować wadium w każdej z sytuacji, o których mowa w art. 46 ust 4a ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że oferta ta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, co narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2.art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do rozbieżności pomiędzy treścią gwarancji wadialnej, a jej tłumaczeniem, w sytuacji, w której po stronie Zamawiającego mogły i powinny powstać wątpliwości interpretacyjne, a wątpliwości te były możliwe do usunięcia poprzez wyjaśnienie;

3.art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm., dalej jako „k.c.”) poprzez zaniechanie wykładni gwarancji wadialnej w sposób uwzględniający całokształt okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, w tym znaczenie słowa „any” jako „jakichkolwiek, którychkolwiek”, podczas gdy ustawa Pzp obliuguje do rozumienia oświadczeń woli złożonych w postępowaniu zgodnie z dyrektywami art. 65 ust. 1 i 2 k.c., a sformułowania zawarte w gwarancji przedłożonej przez Odwołującego, określone są w sposób analogiczny jak w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dalszego jej badania, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Ponadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego.

Uzasadniając spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż oferta złożona w postępowaniu przez Odwołującego opiewa na cenę 53 067 556,92 PLN. Tym samym oferta Konsorcjum jest ofertą najtańszą, na dowód czego przywołał informację z otwarcia ofert z dnia 27 grudnia 2018 r. Powyższe wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego z uwagi na bilans oceny wielokryterialnej zostałaby w jego ocenie uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący miałby zatem szansę na uzyskanie zamówienia oraz płynące z niego wymierne korzyści finansowe. W konsekwencji niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia, w związku z czym poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a przede wszystkim z utratą korzyści, z jakimi wiązałoby się uzyskanie zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzą o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący na wstępie przytoczył treść wymagań dotyczących wniesienia wadium, określonych w Rozdziale XII SIWZ.

Wskazał, iż wniósł w postępowaniu wadium w formie oryginału gwarancji bankowej wystawionej w dniu 18 grudnia 2018 r. przez Luminor Bank AB o nr BG150305/69 na kwotę 2.000.000,00 złotych w języku angielskim. Odwołujący dołączył tłumaczenie przysięgłe ww. dokumentu. Na dowód powyższego załączył kopię gwarancji bankowej oraz tłumaczenia. Następnie podniósł, iż w piśmie z dnia 4 stycznia 2019 r. Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp (Odwołujący zacytował uzasadnienie podstaw odrzucenia oraz jako dowód powołał się na zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego, znajdujące się w aktach postępowania).

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę w przypadku, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Definiując przypadki nieprawidłowości wadium *a contrario*, wskazać można, iż za prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy Zamawiającego (wyrok KIO z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1040/16). Powszechnie przyjmuje się, że poziom zabezpieczenia oferty w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, czy ubezpieczeniowej nie może odbiegać od poziomu gwarantowanego przez wadium wniesione w pieniądzu. W związku z powyższym dopiero gdy Zamawiający będzie w stanie wykazać, że wobec nieprawidłowości w treści gwarancji jego interes może doznać uszczerbku, upoważniony jest do odrzucenia oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że Zamawiający jest uprawniony oraz zobowiązany do rozstrzygania niejasności czy niedopatrzeń wynikających z treści gwarancji wadialnej. Oznacza to, że błędne jest założenie, iż każda wadliwość, niezależnie od jej znaczenia, powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Granicę wyznaczającą

zakres przysługujących zamawiającemu możliwości interpretacyjnych w odniesieniu do gwarancji wyznacza zakres ochrony jego interesu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 30 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2429/17, a także na wyrok KIO z 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 765/13. Dalej wskazał, iż odwołując się do art. 65 k.c., jak również utrwalonej już linii orzecniczej Sądu Najwyższego, dokonując oceny danych okoliczności należy kierować się racjonalnością i zachowaniem samych stron (tu Odwołującego i Gwaranta). Taka teza wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 474/07). Następnie Odwołujący przywołał także fragmenty wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r., sygn. akt IV CSK 95/07.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, że po pierwsze, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego oparł się wyłącznie na treści tłumaczenia gwarancji wadialnej, które to tłumaczenie nie stanowi dokumentu przedkładanego Gwarantowi z żądaniem wypłaty wadium, a jednocześnie w żaden sposób nie dokonał ustalenia, że w oparciu o treść oryginału gwarancji wadialnej złożonej w postępowaniu, nie będzie mógł dochodzić wadium w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przyczyn zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Po drugie, Zamawiający zaniechał odniesienia się do oryginału treści gwarancji wadialnej, a konserwacji zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień wątpliwości powstałych na tle treści tłumaczenia gwarancji. Po trzecie, Zamawiający zaniechał dokonania wykładni treści gwarancji wadialnej w myśl art. 65 k.c., a poprzestał wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu samego tłumaczenia gwarancji z tekstem przepisów, bez uwzględnienia brzmienia oryginału gwarancji oraz celu, okoliczności i skutków danego oświadczenia woli, czym naruszył art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c.

Rozwijając powyższe stanowisko, Odwołujący podniósł, że Zamawiający kwestionuje jedynie treść tłumaczenia gwarancji wadialnej, nie wykazując przy tym, iż to tłumaczenie dokumentu gwarancji wadialnej (a nie jej oryginał) będzie stanowiło podstawę wypłaty wadium (takie stanowisko Zamawiającego byłoby zresztą pozbawione podstaw, bowiem dokumentem, na podstawie którego Zamawiający będzie mógł żądać wypłaty wadium jest oczywiście wyłącznie oryginał gwarancji bankowej, a nie jej tłumaczenie - w szczególności, iż w świetle treści gwarancji wadialnej, ewentualna realizacja gwarancji będzie wykonywana na podstawie żądania zapłaty przez Luminor Bank AB, dla którego treść tłumaczenia wystawionej przezeń gwarancji wadialnej pozostaje bez znaczenia. Zamawiający nie przedstawia natomiast żadnych zarzutów względem oryginału gwarancji wadialnej, i nie poddaje w wątpliwość swojego uprawnienia do zaspokojenia roszczeń na jej podstawie.

Odwołujący podkreślił więc, że oryginał gwarancji przedłożonej przez niego wraz z ofertą odpowiada treści przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie Pzp, a nadto precyzyjnie określa przedmiot postępowania i podmioty w nim występujące. Jako taki, jest dokumentem prawidłowym w świetle ustawy Pzp i SIWZ, oraz w sposób odpowiedni zabezpiecza interesy Zamawiającego. Ponadto wobec oczywistego faktu, że to oryginał gwarancji będzie stanowił podstawę ewentualnej wypłaty wadium, a nie jej tłumaczenie, Zamawiający - w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie Pzp - będzie w pełni uprawniony do zaspokojenia swoich roszczeń na podstawie oryginalnego dokumentu gwarancji wadialnej. Skoro bowiem tłumaczenie gwarancji nie stanowi podstawy do wypłaty gwarancji, zaś wypłata dokonana może być wyłącznie w oparciu o oryginał gwarancji, który odnosi się do pełnego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, to gwarant nie będzie mógł uchylić się od zapłaty. Wadium jest zatem prawidłowe, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw by dokonać odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na podobną sprawę rozstrzyganą przez Izbę, o sygn. akt KIO 1507/12, gdzie wykonawca przedłożył gwarancję wadialną wystawioną w języku litewskim oraz jej tłumaczenie zawierające omyłkę we wskazaniu podmiotu, któremu jej udzielono. KIO uznała, że Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na niejasności wynikające z tłumaczenia. Dokument (oryginalny) posiada walor dowodowy co do rzeczywistej treści gwarancji. Analogicznie w niniejszej sprawie dokument (oryginalny) gwarancji wadialnej posiada walor dowodowy i bezsprzecznie wskazuje, że Zamawiający może zatrzymać wadium w każdej sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający zaniechał weryfikacji powyższego, bezrefleksyjnie opierając się na treści samego tłumaczenia, które nie może być i nie będzie dla Zamawiającego podstawą żądania wypłaty wadium.

Odwołujący przy tym zaznaczył, że w treści dokumentu gwarancji wadialnej nie muszą być wymienione wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ treść gwarancji może np. zawierać wyłącznie odwołanie się do tych przepisów, bez powtarzania ich treści, czy też ogólne odesłanie do okoliczności opisanych w ustawie Pzp (co wielokrotnie zostało wyrażone w orzecnictwie Izby – wyrok KIO z dnia 14 października 2014 r. sygn. akt KIO 2016/14, wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r. sygn. akt KIO 2227/13 i 2229/13). Treść gwarancji może zawierać też odmienne (od tych ustawowych) sformułowania. Jednakże każdorazowo, gwarancja wadialna, powinna swoim zakresem obejmować wszystkie przesłanki (okoliczności), o których mowa w art. 46 ust. 4a i

ust. 5 ustawy Pzp. Treść gwarancji powinna być tak sformułowana, aby także przy pomocy wykładni, można było ustalić w sposób nie budzący wątpliwości, iż obejmuje ona wszystkie przesłanki wyrażone w ww. przepisach. Jak wyżej zostało wskazane, nie budzi też wątpliwości, że gwarancja czy to bankowa, czy ubezpieczeniowa, może i podlega wykładni.

Mając na względzie powyższe, oryginalny tekst gwarancji w brzmieniu:

„We, Luminor Bank AB, registered Office: Konstitucijos a/e. 21 A, 03601 Vilnius, Lithuania, (hereinafter- Bank), hereby irrevocably and unconditionally and onfirst written demond undertake to pay EN ERGA - OPERATOR SA, address ul Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk, Poland, tax Identification number 5830001190 (hereinafter - the Beneficiary) any amount not exceeding 2 000 000,00 PLN (two millions Polish Zloty) if the Contractor:

(a) in response to the cali, referred to in Article 26 para. 3 and 3a Public Procurement Law, for reasons attributable to him, did not submit:

- any declarations or documents confirming circumstances referred to in Article 25 para. 1 Public Procurement Law, or (...).

przedłożone przez Wykonawcę tłumaczenie, w którym niefortunnie tłumacz przetłumaczył zwrot „*any declarations or documents*” jako „*żadnych oświadczeń lub dokumentów*”, powinno wzbudzić w Zamawiającym wątpliwości, bowiem użyty w oryginale tekst „*any declarations or documents*” powinien zostać w okolicznościach sprawy i przy uwzględnieniu celu i sensu gwarancji wadialnej (odwołującej się przecież do treści ustawy Pzp) prawidłowo przetłumaczony jako „*jakichkolwiek, którychkolwiek*” oświadczeń lub dokumentów.

W związku z powyższym, a zwłaszcza faktem, że ewentualne zaspokajanie się z gwarancji odbywałoby się wyłącznie na podstawie jej oryginału, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie przedmiotowych wątpliwości interpretacyjnych wynikających z przedłożonego przez Wykonawcę tłumaczenia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego zaniechał. Raz jeszcze wskazać należy, że gwarant - Luminor Bank AB - nie jest autorem ani zleceńodawcą tłumaczenia, przez co jest ono bez znaczenia z punktu widzenia skuteczności zabezpieczenia Zamawiającego. Zamawiający, prowadząc postępowanie z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu. Podobne stanowisko, w analogicznych sprawach zostało również wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 54/11 oraz wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12).

Z treści przedłożonej gwarancji bankowej w oryginale, a także z faktu odwołań w treści gwarancji i jej tłumaczeniu do ustawy Pzp, w sposób jasny wynika, że obejmuje ona sytuację nieuzupełnienia jakichkolwiek/którychkolwiek/wszelkich („any”) oświadczeń lub dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że wyjaśnienie tłumaczenia nie prowadziło do dokonywania interpretacji gwarancji wbrew jej literalnemu brzmieniu, ani jakiegokolwiek uzupełnienia dokumentu gwarancji bankowej, bowiem treść przesłanki zatrzymania wadium określona w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp została w niej w sposób jasny i klarowny zamieszczona. W tym kontekście Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1806/14, którego fragmenty przytoczył w treści odwołania. Wskazał, iż ze stanowiska Izby zaprezentowanego w powyższym wyroku wynika, iż ewentualne nieścisłości tłumaczenia pozostają bez znaczenia dla ważności gwarancji wadialnej i możliwości skutecznego zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w zakresie wadium. Dlatego błędne jest stanowisko Zamawiającego, który podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego uparuje w literalnym brzmieniu samego tłumaczenia gwarancji, pomijając rzeczywistą treść złożonej gwarancji. W takich sytuacjach wady tłumaczenia powinny podlegać wyjaśnieniu. Należy bowiem podkreślić, iż gwarancja wadialna zawiera oświadczenie woli, które podlega ogólnym regułom wykładni wskazanym w art. 65 ust. 1 i 2 KC (por. wyroki o sygn. akt: KIO 150/12, KIO 54/2011, KIO 401/12, KIO 333/11, KIO 2593/17, KIO 150/12, KIO 1645/1 KIO 1413/13, KIO 765/13, KIO 784/13, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r., sygn. akt IV CSK 95/07 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17).

Zamawiający nie dokonał jednak wykładni oświadczenia woli w myśl k.c., a poprzestał wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu tłumaczenia gwarancji z tekstem przepisów, bez uwzględnienia brzmienia oryginału gwarancji i celu, okoliczności, skutków danego oświadczenia woli i tym samym naruszył art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. Odnosząc się do literalnej treści oryginału i dokonując wykładni tłumaczenia Zamawiający powinien zwrócić uwagę, iż gwarant udzielił zabezpieczenia w tym konkretnym postępowaniu, jednoznacznie określonym, prowadzonym w oparciu o ustawę Pzp i w oparciu o tą informację należy interpretować postanowienia gwarancji. Nie do przyjęcia jest stanowisko, iż gwarant zamierzał pominąć, czy wyłączyć określone sytuacje objęte przepisami, skoro oryginał gwarancji jest prawidłowy, a tłumaczenie nie stanowi dokumentu wystawionego czy potwierdzonego przez

gwaranta. Przy ocenie gwarancji oraz jej tłumaczenia nieuprawnionym jest pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że umowa gwarancji pomiędzy wykonawcą a gwarantem została zawarta w celu udzielenia Zamawiającemu skutecznego zabezpieczenia w tym konkretnym postępowaniu. Podkreślić należy, że z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie całkowicie nieprzydatnej i uzyskania gwarancji, która jest nieskuteczna. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności Banku - gwaranta, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującego i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron.

Odwołujący zaznaczył raz jeszcze, że dla oceny przedłożonej gwarancji zasadniczą kwestią pozostaje ocena, czy Gwarant mógłby uchylić się ze szkoda dla Zamawiającego z obowiązku zapłaty wadium. Nie może budzić wątpliwości, że w stanie faktycznym sprawy Gwarant nie mógłby się uchylić od wypłaty wadium w sytuacji braku złożenia przez Wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie na wezwanie Zamawiającego jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Bezsprzecznie bowiem celem zawarcia umowy gwarancji bankowej było uzyskanie skutecznej gwarancji zapłaty wadium w postępowaniu. Wyjaśnienie wykonawcy w zakresie niefortunnego brzmienia tłumaczenia i w konsekwencji dokonanie korekty tłumaczenia przy uwzględnieniu celu i sensu wystawionej gwarancji, nie powoduje przy tym, że wykonawca przedkłada nową gwarancję, lub dokonuje jakiegokolwiek zmiany w jej pierwotnej treści. Oryginał dokumentu gwarancji pozostaje bowiem od samego początku niezmienny i znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego, brak jest podstaw dla stwierdzenia, że przedłożona przez Konsorcjum gwarancja wadialna nie zabezpiecza interesu Zamawiającego i jest wniesiona nieprawidłowo, wobec czego należało uznać, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie zaistniała ww. przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego. Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydującym jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (por. np. wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r. KIO 632/17, z dnia 27 grudnia 2017 r. KIO 2591/17, z dnia 19 kwietnia 2017 r. KIO 531/17). W przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zaś treść gwarancji wadialnej daje Zamawiającemu pewność, że w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp wadium zostanie mu rzeczywiście wypłacone. Gwarancja wadialna została złożona w terminie, Zamawiający dysponuje jej oryginałem, prawidłowo określony został jej beneficjent i przesłanki zatrzymania wadium. A nadto właśnie oryginał gwarancji, a nie jej tłumaczenie, stanowi żądany w postępowaniu dokument wadium, którym ma zabezpieczać interesy Zamawiającego.

Na koniec Odwołujący wskazał, że na skutek nadmiernego formalizmu przy ocenie gwarancji Zamawiający sprawił, że zamówienia nie może otrzymać Odwołujący, który zaproponował cenę aż kilkadziesiąt milionów niższą od kolejnej oferty.

W dniu 24 stycznia 2019 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów, Zamawiający wskazał, iż wymogiem rozpatrzenia oferty było złożenie jej wraz z zabezpieczeniem w postaci wadium, zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał także brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Analiza ww. przepisów prowadzi do wniosku, że Zamawiający musi mieć prawo skorzystać z wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży jakichkolwiek (wszelkich wymaganych) oświadczeń lub dokumentów wskazanych w dyspozycji tej normy. Odpowiadający temu zapis powinien więc znaleźć się w gwarancji wadialnej przedstawionej przez Odwołującego, tak aby Zamawiający posiadał pewność, że jego interesy są należycie zabezpieczone.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący złożył wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez litewski bank, była ona sporządzona w języku angielskim, z tłumaczeniem na język polski wykonanym przez tłumacza przysięgłego. Z tego ostatniego dokumentu wynika, że Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z wadium tylko w sytuacji, gdy Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży żadnych oświadczeń ani dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tak sformułowane wadium, w ocenie Zamawiającego, nie zabezpiecza należycie jego interesów, gdyż nie będzie on w stanie uruchomić omawianej gwarancji, jeżeli Odwołujący złożył tylko niektóre (zamiast wszelkich) z ww. dokumentów lub oświadczeń. Taka gwarancja wadialna nie zabezpiecza interesów Zamawiającego i może narazić go na szkodę. W związku z tym, że podstawowa funkcja wadium Odwołującego została podważona, to została również spełniona przesłanka z art. 89 ust. 7b ustawy Pzp, co zgodnie z ustawą zobowiązuje do odrzucenia oferty z takim wadium. W tym kontekście Zamawiający przywołał orzeczenie KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17.

Odnosnie zarzutu, że Zamawiający nie dokonał wykładni oryginału gwarancji obcojęzycznej, Zamawiający podniósł, iż przepisy nie obligują go do tego, aby analizował obcojęzyczne dokumenty – postępowanie jest w całości prowadzone w języku polskim i w takim języku wykonawcy muszą składać dokumenty. Co znamienne – prowadzenie postępowania w języku polskim jest jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażoną *explicite* w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w postępowaniu nie dopuścił w tej mierze żadnego wyjątku. Skoro tłumaczenie dokumentów leży po stronie wykonawcy, tak więc on ponosi odpowiedzialność za poprawność tłumaczenia, na podstawie którego Zamawiający dokonuje weryfikacji składanych dokumentów.

Zamawiający podkreślił, że nie ma zasobów ludzkich do wykonywania tłumaczeń i musiałby się posilkować zewnętrznymi profesjonalistami/tłumaczami przysięgłymi – wówczas powstawałyby konkurujące tłumaczenia (od wykonawcy i zamawiającego), co rodziłoby zapewne dalsze negatywne konsekwencje przy ustalaniu treści dokumentów. By ich uniknąć narzucony został tylko na wykonawców obowiązek przetłumaczenia dokumentów – tłumaczenia te są zaś jedynymi dokumentami podlegającymi wykładni. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że oferty w postępowaniach mogą pochodzić od wykonawców z różnych krajów, którzy mogą składać dokumenty sporządzone w językach mniej powszechnych niż język angielski – w każdym takim przypadku Zamawiający oprze się na tłumaczeniu. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego o obowiązku Zamawiającego bazowania na oryginale gwarancji – zaakceptowanie takiego podejścia prowadziłoby do absurdu, że każdy polski zamawiający miałby mieć obowiązek znajomości języka, którym posługują się wykonawcy w swoich dokumentach, w tym tak egzotycznych jak chiński czy litewski. Prowadziłoby to przy tym do wniosku, iż Zamawiający winien co do zasady podważać każdy tekst przedstawiony przez tłumacza w celu weryfikacji jego pracy - co jest działaniem absurdalnym o tyle, iż nie ma nigdy pewności, iż tłumacz działający na zlecenie zamawiającego sam nie popełni błędu, co w konsekwencji spowoduje nierówne traktowanie wykonawców. Przerzucenie odpowiedzialności za tekst tłumaczenia na barki Zamawiającego jest niedopuszczalne ze względów celowościowych i ekonomicznych.

Zamawiający podkreślił że tłumacz przysięgły w postępowaniu wskazany został przez wykonawcę – on zatem ponosi ryzyko jego wyboru i działania. Nie do odparcia wydaje się wreszcie argument, iż wykonawca składając wadium przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego był zobligowany sprawdzić jego treść, bo składając ofertę ma interes i jest zobowiązany wypełniać wszelkie dyspozycje ustawy Pzp. Zamawiający postawił także pytanie czy tłumacz przysięgły, aby na pewno nie popełnił jednak błędu w tłumaczeniu. Jako podmiot profesjonalnie zajmujący się tłumaczeniami być może skonsultował treść gwarancji z jej wystawcą, czyli bankiem litewskim. Zadał pytanie kto może zapewnić, iż treść gwarancji wystawionej przez bank litewski nie jest faktycznie odzwierciedleniem treści pod jaką podpisał się tłumacz. Może właśnie tłumacz znając specyfikę bankowości litewskiej nie dokonał faktycznie poprawnego tłumaczenia, co byłoby zgodne zresztą z tezą stawianą przez Odwołującego, że dokonanie wykładni gwarancji wadialnej musi mieć miejsce w sposób uwzględniający całokształt okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wskazał, iż żaden przepis nie nakazuje Zamawiającemu dokonywania badania stanu wiedzy, świadomości i doświadczenia kulturowego tłumaczy - profesjonalistów.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, iż musi mieć pewność, że uzyska kwotę oznaczoną w gwarancji w określonych ustawą przypadkach. W dokumentach wadialnych nie ma pola do interpretacji i domniemań, a wszelkie nieprecyzyjne sformułowania osłabiają podstawową funkcję wadium, jaką jest ochrona interesu Zamawiającego. W tym miejscu Zamawiający powołał się na orzeczenie KIO z dnia 3 marca 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18. Dodał, iż tylko w przypadku, kiedy dokument jest w języku prowadzonego postępowania, Zamawiający może w pełni stwierdzić, że jest sformułowany jasno i precyzyjnie. Powyższe względy, zdaniem Zamawiającego, utwierdzają w przekonaniu, że tłumaczenie gwarancji wadialnej na język polski ma moc wiążącą dla Zamawiającego, równocześnie czyniąc niezasadnym zarzut odwołania. Skoro w tłumaczeniu znalazły się sformułowania niezabezpieczające interesów Zamawiającego, to słusznie uznał on, że wadium wniesione przez Odwołującego jest wniesione nieprawidłowo, co uzasadniało odrzucenie tej oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na wynikające z doktryny i orzecznictwa stanowisko, iż dokument wadialny nie stanowi treści oferty, lecz jest osobnym dokumentem wystawionym w celu jej zabezpieczenia. Takie podejście, zdaniem Zamawiającego, należy odpowiednio stosować do tłumaczenia obcojęzycznej gwarancji wadialnej. W związku z tym niemożliwym jest, aby Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zapisów gwarancji lub jej tłumaczenia, ponieważ ten przepis obejmuje swoim zakresem tylko składanie wyjaśnień co do treści oferty. Dodatkowo, w ocenie Zamawiającego, nawet gdyby przepisy dawały możliwość złożenia wyjaśnień co do treści gwarancji lub jej tłumaczenia, to nadal słowo „żadnych,” o które toczy się spór nie wymagałoby wyjaśnienia ponieważ jego znaczenie jest oczywiste. Na potwierdzenie braku podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2489/16, który należy odpowiednio odnieść do tłumaczenia gwarancji wadialnej - skoro

zostało ono dokonane przez zewnętrzny podmiot (tłumacza przysięgłego), to brak jest podstaw by po terminie składania ofert sanować błędy czy wątpliwości w tym tłumaczeniu.

Zamawiający podkreślił, że przepisy ustawy Pzp nie dają mu żadnych możliwości, aby mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie gwarancji wadialnej, co więcej nakazują mu wprost, zgodnie z art. 89 ust. 7b ustawy Pzp odrzucić ofertę, w odniesieniu do której wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Dodatkowo wskazał, że tłumaczenie nie zawiera oczywistej omyłki pisarskiej, którą można by było łatwo sprostować. Wyjaśnienia treści tego dokumentu nie mogą być prowadzone również na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ gwarancja nie jest dokumentem określonym w art. 25 ust. 1 bądź 25a ust. 1 ustawy Pzp, a przepisy te odnoszą się tylko do tych dokumentów. Na potwierdzenie zasadności powyższego oraz prawidłowości działań Zamawiającego wskazał on na wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c., Zamawiający podkreślił, iż nie ma przepisów, które obligują Zamawiającego do analizy gwarancji obcojęzycznej. Postępowanie jest prowadzone w języku polskim zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, dlatego też Zamawiający wymagał złożenia przetłumaczonych dokumentów na język polski i takie dokumenty zostały przez Odwołującego złożone. Skoro z przytaczanego wyroku KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18 wynika, że przy ustalaniu zakresu treściowego gwarancji wadialnej zamawiający nie jest zobowiązany do posilkowania się oryginalną wersją dokumentu, to nie zasługują na aprobatę zarzuty Odwołującego zmierzające do odwrócenia powyższego oraz zasady prowadzenia postępowania i wykładni dokumentów w języku polskim. Zamawiający nie ma możliwości ani obowiązku analizy/wykładni obcojęzycznej gwarancji, a następnie porównania jej z polskim tłumaczeniem. Takie działania mogłyby prowadzić do nadużyć poprzez interpretację poszczególnych zapisów w różny sposób, co mogłoby z kolei skutkować zarzutem o dyskryminacyjne traktowanie lub naruszenia konkurencji w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że nie jest specjalistą od tłumaczeń, więc każda próba analizy obcojęzycznego tekstu przez niego jest zagrożona ryzykiem błędu w tłumaczeniu. Skoro Odwołujący przedstawił tłumaczenie gwarancji wadialnej (w dodatku dokonane przez profesjonalistę), to ten dokument stał się dla Zamawiającego podstawą wykładni formalno-prawnej i do którego to dokumentu Zamawiający zastosował wskazywane przez Odwołującego przepisy - tym samym zbędne jest dokonywanie wykładni pojęć używanych w dokumencie angielskim z uwzględnieniem ww. przepisów. Po stronie Zamawiającego nie pojawiły się wątpliwości interpretacyjne, ponieważ oparł się on na tłumaczeniu złożonym przez Odwołującego. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie, że Zamawiający zaniechał wykładni oryginału gwarancji, bowiem Zamawiający dokonał tej wykładni w języku i do dokumentu, w którym jest prowadzone postępowanie.

Podsumowując powyższe, Zamawiający podniósł, iż przepisy nie przewidują nakazu analizy obcojęzycznego dokumentu gwarancji. Tłumaczenia są wykonywane nie tylko po to, aby ułatwić postępowanie, ale też po to, aby wszyscy uczestnicy postępowania mieli możliwość racjonalnej oceny dokumentu w jednym języku i taki dokument był dla nich punktem odniesienia. Jeżeli w postępowaniu braliby udział wykonawcy z różnych krajów, a dokumenty byłyby wystawiane w wielu różnych językach, dochodziłoby do kuriozalnej sytuacji, w której Zamawiający musiałby analizować i interpretować brzmienie każdego z nich z osobna we własnym zakresie. Aby nie doprowadzić do takiej sytuacji, dokumenty są tłumaczone na język, w którym prowadzone jest postępowanie - jeżeli Odwołujący skorzystał przy tłumaczeniu ze specjalisty z zakresu tłumaczeń, to tym bardziej można zakładać, że jest ono odzwierciedleniem dokumentu obcojęzycznego. Zamawiający wskazał także, iż nie miał wątpliwości co do sformułowań zawartych w tłumaczeniu, a po drugie przepisy ustawy Pzp nie pozwalały mu na wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego brzmienie tłumaczenia gwarancji nie pozwala na jej uruchomienie w przypadkach przewidzianych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, co z kolei sprowadza się do wniosku, że interes Zamawiającego nie zostałby należycie zabezpieczony takim wadium. Ustawa natomiast jasno wskazuje, że w przypadku, gdy wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, to zabezpieczoną nim ofertę należy odrzucić. Zamawiający w swoim działaniu postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a zarzuty odwołania należy ocenić jako chybione.

Przed otwarciem rozprawy dalsze pisma w sprawie złożyli także Odwołujący (pismo z dnia 24 stycznia 2019 r.), który podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko oraz wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (pismo z dnia 25 stycznia 2019 r. oraz pismo z dnia 28 stycznia 2019 r.), który wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił szczegółową argumentację na odparcie stawianych przez Odwołującego zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek

negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca SAGEMCOM Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która zawierała najniższą cenę stanowiącą jedno z kryteriów oceny ofert. Powyższe działanie Zamawiającego (jeśli naruszałoby ustawę Pzp) niewątpliwie mogło mieć wpływ na szanse Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także narazić go na szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia, które miał on realną szansę uzyskać, jeśli jego oferta nie podlegałaby odrzuceniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanych przez Zamawiającego zmian treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, w tym dokumentu gwarancji wadialnej oraz jego tłumaczenia, a także zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody wnioskowane przez Strony i Uczestnika postępowania, obejmujące m.in., złożone przez Odwołującego wydruki ze stron słowników internetowych angielsko-polskich, oświadczenia tłumacza przysięgłego p. A. A., tłumaczeń przysięgłych gwarancji wadialnej poświadczonych przez tłumacza przysięgłego p. A. F. i p. M. A. v. d. H., złożony przez Zamawiającego dokument gwarancji bankowej wystawionej przez Luminor Bank AB w dniu 22 marca 2018 r. na potrzeby innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wraz z tłumaczeniem, a także złożone przez Przystępującego tłumaczenia gwarancji bankowej Odwołującego poświadczone przez tłumacza przysięgłego p. J. P. K. i p. M. A. v. d. H., tłumaczenie gwarancji bankowej Przystępującego poświadczone przez tłumacza przysięgłego p. A. D., dokument gwarancji bankowej wystawionej przez Luminor Bank AB w dniu 22 marca 2018 r. na potrzeby innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wraz z tłumaczeniem, przykład tłumaczenia zwrotu „not submit any documents” (wydruk z Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 17 marca 2012 r., C 80/10), wydruk Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758) wraz z tłumaczeniem, wydruk ze strony internetowej <https://dictionary.cambridge.org> dotyczący słowa „any.”

Izba uwzględniła również stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 28 stycznia 2019 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa do Oddziałów Zamawiającego fabrycznie nowych liczników zdalnego odczytu w łącznej liczbie 400.121 sztuk (pkt IV.1 SIWZ).

W punkcie IX.9 SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokumenty sporządzone w języku obcym należy składać wraz z tłumaczeniem na język polski, zaś w punkcie X.1 SIWZ wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w języku polskim.

W punkcie XII SIWZ Zamawiający przedstawił następujące wymagania dotyczące wadium:

1. Wykonawca składający ofertę zobowiązany jest do wniesienia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości 2.000.000 zł.
2. Wadium może być wniesione w formach wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy.
3. Wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem na konto zamawiającego nr 05 1240 6292 1111 0010 3648 1593, z oznaczeniem w tytule przelewu „Wadium w przetargu na dostawę na dostawę liczników zdalnego odczytu – P/1/0061/2018”. Jako termin wniesienia wadium w formie pieniądza zostanie przyjęty termin uznania na rachunku zamawiającego.

4. Wnoszone jako wadium poręczenie lub gwarancja muszą być bezwarunkowe, płatne na każde wezwanie zamawiającego oraz obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a także obejmować cały okres związania ofertą określony w SIWZ.
5. Zamawiający zatrzyma wadium w przypadkach wskazanych w ustawie.
6. Wycofanie oferty przed upływem terminu składania ofert nie powoduje utraty wadium.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty – Odwołującego z ceną 53 067 556,92 zł brutto, Przystępującego z ceną 86 376 606,71 zł brutto oraz firmy Apator Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu z ceną 102 348 233, 17 zł brutto.

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję bankową w języku angielskim wystawioną w dniu 18 grudnia 2018 r. przez bank Luminor Bank AB z siedzibą w Wilnie, Litwa. W treści gwarancji wskazano: „[...] if the Contractor (a) in response to the call, referred to in article 26 para. 3 and 3a Public Procurement Law, for reasons attributable to him, did not submit: (-) any declarations or documents confirming circumstances referred to in Article 25 para. 1 Public Procurement Law, or [...]”. Do gwarancji Odwołujący dołączył tłumaczenie jej treści z języka angielskiego na język polski poświadczone przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego p. A. A. W treści tłumaczenia wskazano: „[...] jeżeli Wykonawca (a) w odpowiedzi na wezwanie do złożenia oferty w przetargu, o którym mowa w artykule 26 ustęp 3 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył: (-) żadnych oświadczeń ani dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Artykule 25 ustęp 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub [...]”.

W dniu 4 stycznia 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W treści pisma wskazał, iż oferta złożona przez Odwołującego została zabezpieczona wadium w sposób nieprawidłowy – z dokumentu gwarancji przetłumaczonego przez tłumacza przysięgłego wynika, że zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z wadium tylko w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie nie złoży żadnych oświadczeń ani dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem w sytuacji, w której wykonawca złoży tylko niektóre oświadczenia lub dokumenty (wymagane przez art. 25 ust. 1 ustawy Pzp), a inne już nie, to – stosując literalne brzmienie gwarancji – zamawiający nie mógłby z niej skorzystać. Tym samym takie sformułowanie gwarancji wadliwej nie zabezpiecza należycie interesów Zamawiającego. W związku z tym, Zamawiający postanowił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Zamawiający, na podstawie art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek żądać od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 6 tego przepisu wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669). W art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp przewidziano sytuacje, w których Zamawiający zatrzymuje wadium. Zgodnie z ust. 4a zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub 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. Z kolei zgodnie z ust. 5 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.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w sposób bezsporny wynika, iż wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli wnieść wadium w wysokości 2.000.000 zł w jednej z form wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, a w

przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej musiała ona obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z punktem XII.4 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wnoszone jako wadium poręczenie lub gwarancja były bezwarunkowe, płatne na każde wezwanie zamawiającego oraz obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a także obejmowały cały okres związania ofertą określony w SIWZ. Ponadto Odwołujący składając gwarancję bankową wystawioną w języku angielskim, zobowiązany był zgodnie z punktem XI i IX.9 złożyć także tłumaczenie tego dokumentu na język polski.

Mając na uwadze powyższe istotne było, aby treść dokumentu wadialnego (w sytuacji, gdy wadium jest wnoszone w formie poręczenia lub gwarancji) uwzględniała wszystkie wymagania zamawiającego, które zostały określone w SIWZ i dawała Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy.

Odwołujący złożył gwarancję bankową wystawioną przez jeden z litewskich banków w języku angielskim wraz z tłumaczeniem, poświadczonym przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego. Odwołujący spełnił zatem wymogi określone przez Zamawiającego w punkcie IX.9. SIWZ. Jednakże z treści złożonego wraz z gwarancją bankową tłumaczenia wynikało, iż wystawiona gwarancja nie obejmuje wszystkich przypadków zatrzymania wadium, o których mowa w ustawie Pzp. Mianowicie, jak wynika z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jednym z przypadków zatrzymania wadium jest sytuacja, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepis nie różnicuje możliwości zatrzymania wadium od tego czy na wezwanie, o którym mowa powyżej, wykonawca nie złożył żadnego oświadczenia ani dokumentu wymaganego zgodnie z wezwaniem, czy też złożył tylko część żądanych oświadczeń lub dokumentów, a pozostałej części złożyć zaniechał z przyczyn leżących po jego stronie. Tymczasem z tłumaczenia gwarancji bankowej złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą wynika, iż obejmuje ona wyłącznie przypadek niezłożenia „żadnych oświadczeń ani dokumentów” potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym zakres przypadków, w jakich zaktualizuje się obowiązek banku - gwaranta do zapłaty wadium, wedle treści tłumaczenia, został ograniczony w stosunku do katalogu wynikającego z art. 46 ust. 4a i nie obejmował sytuacji nie złożenia przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, tylko niektórych (jakichkolwiek) oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Właśnie na tę okoliczność Zamawiający powołał się w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż niewymienienie w treści gwarancji którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp lub zmiana którejkolwiek z nich w taki sposób, że wypacza znaczenie przepisu, uzasadnia stwierdzenie, że interes zamawiającego nie został w pełni zabezpieczony (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1429/13, KIO 1434/13).

Izba podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, iż przy ustalaniu zakresu treściowego gwarancji wadialnej Zamawiający nie jest zobowiązany do posilkowania się oryginalną wersją dokumentu. Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, na co wskazał wprost także Zamawiający w treści SIWZ, obligując wykonawców składających dokumenty obcojęzyczne do złożenia ich tłumaczenia. Zamawiający nie ma obowiązku władania językiem obcym, a co więcej, nawet znajomość danego języka obcego przez Zamawiającego, w sytuacji gdy nie odstąpił on w treści SIWZ od obowiązującej na mocy ustawy Pzp zasady języka polskiego, pozostawać powinna bez znaczenia dla oceny przez niego dokonywanej. Okoliczność, iż w przedmiotowym przypadku gwarancja bankowa została złożona w języku angielskim, czyli w jednym z najpopularniejszych i najbardziej znanych języków świata, nie może przesądzać o tym, że Zamawiający winien był porównywać treść złożonego tłumaczenia z anglojęzyczną treścią dokumentu źródłowego. Zamawiający zatem co do zasady słusznie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego opierając się na treści tłumaczenia, dokonanego zresztą przez osobę będącą tłumaczem przysięgłym języka angielskiego, a więc profesjonalistę, w stosunku do którego miernik należytej staranności, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., jest podwyższony. Za ewentualne błędy w tłumaczeniu odpowiedzialność przed Zamawiającym w takiej sytuacji ponosi wykonawca, który złożył takie tłumaczenie, również będący przecież profesjonalistą zobligowanym do zweryfikowania czy składane w postępowaniu dokumenty odpowiadają stanowi rzeczywistości i wymaganiom Zamawiającego.

Natomiast Izba miała na względzie, iż w postępowaniu odwoławczym Odwołujący zakwestionował słuszność działania Zamawiającego podnosząc argumenty, iż złożony dokument źródłowy, tj. anglojęzyczna gwarancja bankowa, stanowiła prawidłowo wniesione wadium, a jedynie w złożonym tłumaczeniu wkraść się błąd dotyczący sformułowania „did not submit any declarations or documents.” W tym stanie rzeczy, Izba zobligowana była dokonać oceny czy faktycznie złożona wraz z ofertą w języku angielskim gwarancja bankowa należycie zabezpieczała Zamawiającego i

umożliwiała mu skuteczne żądanie wypłaty wadium we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Mieć bowiem należy na uwadze, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odrzucić ofertę można tylko w sytuacji, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Zamawiający dochodząc od banku - gwaranta zapłaty wadium nie posługiwałby się tłumaczeniem gwarancji bankowej lecz jej oryginałem, czyli w przypadku, gdyby okazało się, że złożony wraz z ofertą dokument źródłowy był prawidłowy, to Zamawiający mógłby w sposób skuteczny dochodzić od banku – gwaranta zapłaty świadczenia. Sama treść tłumaczenia pozostawałaby dla oceny skuteczności tego roszczenia całkowicie irrelevantna. Uznając w takim przypadku za zasadne odrzucenie oferty wykonawcy wyłącznie z uwagi na nieprawidłowe tłumaczenie mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której dochodziłoby do odrzucenia oferty prawidłowo zabezpieczonej wadium. Art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, jako przepis o charakterze sankcyjnym, w ocenie Izby nie powinien podlegać rozszerzającej interpretacji. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydującym jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (por np. wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 674/18, z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2591/17, z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 531/17). Jak wskazano w wyroku z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 632/17, mając na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniającego jego typowe funkcje i pozwalającego zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5.

Oceniając kwestię skuteczności wadium wniesionego przez Odwołującego, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta okoliczności, których zaistnienie będzie uprawniało zamawiającego do żądania zapłaty określonej sumy pieniężnej. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17, iż w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności, w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Gwarancja bankowa (wadium) jest bowiem zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku podstawowego (przetargowego), a wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. W orzecznictwie powszechnie wyrażany jest pogląd, iż gwarancja wadium może określać przypadki zatrzymania wadium poprzez ich wyliczenie i opisanie albo w sposób ogólny – np. poprzez samo odniesienie się do art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jednakże w przypadku, gdy gwarancja zawiera w swej treści konkretny opis przypadków uzasadniających wypłatę kwoty wadium, należy uznać, że wiążący dla ustalenia jej prawidłowości jest ów opis, który powinien być kompletny i zawierać wszystkie określone ustawą przesłanki (por. np. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1332/18, wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18). Słusznie zwracał także uwagę Przystępujący na wnioski płynące z uzasadnienia wyroku z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2179/16, dotyczącego co prawda do gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże znajdującego odniesienie i w kontekście gwarancji bankowej. W wyroku tym Izba podkreśliła, iż gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by 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 wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.

Analiza zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego, w ocenie Izby, nie pozwala na wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych, jakie powstają na gruncie angielskojęzycznego dokumentu gwarancji bankowej stanowiącej wadium wniesione przez Odwołującego. Wątpliwości te skupiają się wokół rozumienia użytego w treści gwarancji sformułowania „not submit any declarations or documents.” Zwrot ten w tłumaczeniu złożonym wraz z ofertą został przetłumaczony jako „nie złożył żadnych oświadczeń lub dokumentów” czyli w sposób nieodpowiadający w pełni treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i powodujący uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie została prawidłowo zabezpieczona wadium. Wbrew stanowisku Odwołującego, zdaniem składu orzekającego, nie można przesądzić, że w pierwotnie złożonym tłumaczeniu gwarancji angielskojęzycznej tłumacz rzeczywiście popełnił błąd w tłumaczeniu, a dokument źródłowy gwarancji zabezpieczał w pełni interesy Zamawiającego. Co prawda Odwołujący złożył oświadczenie tłumacza przysięgłego, p. A. A., w którym potwierdza on niewłaściwe przetłumaczenie treści gwarancji bankowej, jednak wskazuje ona także, iż dopiero „po dogłębnej analizie przepisów i okoliczności sprawy” uważa, że „prawnie dopuszczalnym, uzasadnionym i właściwym tłumaczeniem jest [...] nie złożył jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów [...]”. Z powyższego nie wynika, iż poprzednie tłumaczenie było błędne, a jedynie, że biorąc pod uwagę kontekst wynikający z uregulowań dotyczących zamówień publicznych i innych bliżej niesprecyzowanych okoliczności sprawy, właściwym byłoby dokonanie innego tłumaczenia tego sformułowania. Sam tłumacz dokonuje

zatem w praktyce pozajęzykowej wykładni treści gwarancji bankowej.

Izba zważyła, że w dokumentacji postępowania odwoławczego znalazł się cały zbiór tłumaczeń spornej treści gwarancji bankowej dokonanych przez tłumaczy przysięgłych języka angielskiego (złożonych przez Odwołującego i Przystępującego), z których wynikają okoliczności przeciwne - część tłumaczy wskazuje na prawidłowość przetłumaczenia zwrotu „not submit any declarations or documents” jako „nie złożył żadnych oświadczeń ani dokumentów,” część zaś na prawidłowość przetłumaczenia tego zwrotu jako „nie złożył jakichkolwiek/którychkolwiek oświadczeń lub dokumentów.” Co znamienne w aktach postępowania znalazły się nawet dwa rozbieżne tłumaczenia dokonane przez tego samego tłumacza przysięgłego – p. M. A. v. d. H. Podobne rozbieżności wynikają ze złożonych przez Odwołującego i Przystępującego wydruków z internetowych słowników języka angielskiego.

Z powyższego da się wywieść jeden wniosek – że sporny zwrot może być różnie interpretowany, co zresztą przyznał sam Odwołujący podczas rozprawy wskazując, iż „strony udowodniły, że tekst gwarancji może być przetłumaczony na dwa sposoby i nie ma co do tego wątpliwości, są różne oświadczenia tłumaczy przysięgłych.” Również w treści pisma z dnia 24 stycznia 2019 r. Odwołujący wskazał, iż „wyrażenie „any” jest wyrażeniem wieloznacznym. Podstawowym zakresem znaczeniowym tego wyrażenia jest „każdy, dowolny, jakikolwiek, którykolwiek.” aczkolwiek słoniki wskazują również na znaczenie „żaden.” [...] Innymi słowy wyrażeniu „any” można przypisać różne znaczenia.”

Tymczasem, w ocenie składu orzekającego, treść gwarancji wadialnej powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje Zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium. Zamawiający zwracając się do gwaranta o wypłatę wadium, musi określić jakie zdarzenie stanowi podstawę żądania. Bank - gwarant uprawniony jest do analizy oświadczenia zamawiającego i ustalenia czy żądanie odpowiada warunkom wskazanym w gwarancji. W przypadku zatem zinterpretowania treści gwarancji przez bank w sposób odmienny niż czyni to obecnie Odwołujący (co jest możliwe z uwagi na wskazywane wątpliwości interpretacyjne) może dojść do sytuacji, w której bank - gwarant odmówi Zamawiającemu wypłaty świadczenia. Pewność co do wypłaty wadium w określonych ustawą przypadkach powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert, tymczasem w przedmiotowym przypadku Zamawiający pewności takiej nie posiada, jako że nie da się jednoznacznie określić zamiaru banku - gwaranta, jaki przyświecał mu podczas wystawiania gwarancji. Wątpliwości co do słuszności twierdzeń Odwołującego o skuteczności wniesionego zabezpieczenia potęguje fakt, że ten sam bank na potrzeby innego postępowania (prowadzonego przez tego samego Zamawiającego) wystawił dokument gwarancyjny o innym brzmieniu niż sporna gwarancja bankowa, w którym użyto sformułowania „did not submit declarations or documents” i który został złożony wraz z tłumaczeniem tego zwrotu jako „nie złożył oświadczeń lub dokumentów.”

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie, mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający może nie być w stanie skutecznie żądać wypłaty określonej w gwarancji wadialnej kwoty w jednym z przypadków określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, co przesądza o tym, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy. Dodatkowo należy wskazać, iż - jak zwracał uwagę Przystępujący - słowo „any” może być rozumiane inaczej w zależności od tego, czy zostało użyte w zdaniu twierdzącym czy w przeczeniu. Przystępujący złożył dowody mające wykazać, że w przypadku użycia zaimka nieokreślonego „any” w zdaniu zawierającym zaprzeczenie („not”), zaimek ten należy tłumaczyć jako „żaden” („no”). W treści gwarancji bankowej załączonej do oferty Odwołującego zostało ono użyte w zdaniu „did not submit” czyli w zdaniu zawierającym przeczenie. Izba powyższe twierdzenia Przystępującego uznała za wiarygodne, zwłaszcza że Odwołujący im nie zaprzeczył, a złożone przez Odwołującego wydruki ze słowników internetowych nie zawierały odniesienia do zastosowania tego zaimka w zdaniu z partykułą „not.” W tym stanie rzeczy również powoływanie się przez Odwołującego na tekst tłumaczenia ustawy Pzp udostępniony na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych nie stanowi argumentacji na poparcie twierdzeń Odwołującego, jako że użyte tam sformułowanie to „has failed to submit any statements or documents” (zdanie oznajmujące twierdzące) a nie „did not submit any statements or documents” (zdanie oznajmujące przeczące).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp było działaniem prawidłowym. Tym samym zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Izba uznała za niezasadny również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień co do rozbieżności pomiędzy treścią gwarancji wadialnej a jej tłumaczeniem. Zgodnie z treścią zdania pierwszego tego przepisu w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie Izby, dokument gwarancji

wadialnej nie stanowi treści oferty, a tym samym wspomniany przepis nie znajduje odnośnie niego zastosowania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 684/18). Izba podziela pogląd wyrażony w przytoczonym przez Zamawiającego wyroku z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17, gdzie wskazano, iż wątpliwości co do braku pewności w zakresie zabezpieczenia roszczeń zamawiającego wynikających z prawa do zatrzymania wadium, nie dające się usunąć, przesądzają o braku skutecznego zabezpieczenia oferty wadium, a tym samym o nieprawidłowości wniesienia wadium. Wadium nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu.

Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż po stronie Zamawiającego mogły i powinny powstać wątpliwości interpretacyjne na gruncie dokumentów złożonych wraz z ofertą - jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia Zamawiający badając skuteczność wniesienia wadium nie był zobowiązany do badania oryginalnej, obcojęzycznej treści gwarancji bankowej. Z kolei tłumaczenie tego dokumentu złożone przez Odwołującego nie budziło wątpliwości w zakresie tego, że jego brzmienie nie obejmuje w pełni wszystkich przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Co więcej, tłumaczenie zostało dokonane przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego co, z uwagi na profesjonalny charakter działalności takiego tłumacza, czyniło je zapewne bardziej wiarygodnym w oczach Zamawiającego.

Również ostatni z podniesionych w odwołaniu zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c., nie potwierdził się. Izba stoi na stanowisku, iż nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia określonych w treści gwarancji okoliczności uzasadniających wypłacenie wadium, a z taką rozszerzającą interpretacją mielibyśmy do czynienia dokonując wykładni treści zobowiązania gwaranta sprzecznie z wnioskami wynikającymi z jej literalnego brzmienia. Podobny pogląd wyrażony został m.in. w wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1332/18, gdzie wskazano, iż „treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji - w tym zakres odpowiedzialności gwaranta, określona jest w treści gwarancji wadialnej. Z tej przyczyny nie jest dopuszczalne uzupełnienie gwarancji wadialnej o pominętą, obowiązkową przesłankę zatrzymania wadium, poprzez dokonanie pozajęzykowej wykładni oświadczenia woli banku. Konieczność przeprowadzenia takiej wykładni dla ustalenia dodatkowej, nie wynikającej z treści gwarancji przesłanki wypłaty wadium, nie daje zamawiającemu pewności co do wypłaty wadium [...]”. Izba stoi na stanowisku, iż treść zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej, w szczególności zakres odpowiedzialności gwaranta, już z uwagi chociażby na specyfikę tego zobowiązania, musi być interpretowana w sposób ścisły – chodzi tu przecież o zagwarantowanie Zamawiającemu pewności co do zapłaty wadium w określonych prawem przypadkach. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego, że wykładnia liberalna, elastyczna zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna.

W konsekwencji Izba nie przyznała racji Odwołującemu, któryz okoliczności sprawy i konieczności uwzględnieniu celu i sensu gwarancji wadialnej odwołującej się do treści ustawy Pzp wywodził, iż użyty w oryginale tekst „any declarations or documents” powinien zostać prawidłowo przetłumaczony jako „jakichkolwiek, którychkolwiek oświadczeń lub dokumentów.” Niewątpliwie złożenie gwarancji obejmującej wszystkie przypadki określone ustawą Pzp było objęte zamiarem Odwołującego, natomiast brak jest pewności czy taki sam był zamiar banku - gwaranta. Dokonywanie wykładni oświadczenia woli banku - gwaranta w oparciu o brzmienie przepisów ustawy Pzp, jak tego chce Odwołujący, byłoby działaniem nieuprawnionym, ponieważ taka wykładnia niejako z góry, każdorazowo musiałaby zakładać, że zamiarem gwaranta było takie uregulowanie zakresu własnego zobowiązania, aby spełniało wymogi wynikające z ustawy Pzp, co wcale nie musi być zgodne z rzeczywistością.

Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, iż w przedmiotowym przypadku podmiot wystawiający gwarancję to bank litewski, zaś zgodnie z treścią gwarancji podlega ona „Jednolitym Przepisom dotyczącym Gwarancji, Publikacja ICC Nr 758” czyli tzw. Jednolitym Regulom dla Gwarancji Płatnych na Żądanie, których wyciąg złożył w sprawie Przystępujący. Odwołujący powyższej okoliczności nie kwestionował, tymczasem jak wynika z art. 34 tego dokumentu „jeżeli inaczej nie zastrzeżono w gwarancji właściwym dla niej prawem jest prawo miejsca siedziby oddziału albo biura gwaranta, które wystawiło gwarancję.” Podobnie w art. 35 spory pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji odnoszące się do gwarancji poddano jurysdykcji sądu właściwego dla kraju siedziby albo biura gwaranta, które gwarancję wystawiło. W przypadku ziszczenia się przesłanki zatrzymania wadium i dochodzenia przez Zamawiającego zapłaty sumy gwarancyjnej, ewentualna wykładnia treści gwarancji następowałaby na gruncie prawa litewskiego jako prawa kraju siedziby/biura gwaranta, w treści gwarancji nie zawarto bowiem postanowień odmiennie regulujących prawo właściwe. Tym bardziej zatem jako niezbędne jawi się precyzyjne, jednoznaczne i wyczerpujące określenie zakresu zobowiązania gwaranta w treści gwarancji bankowej, tak aby nie budziło wątpliwości, że obejmuje ona wszystkie przypadki zatrzymania wadium, o których mowa w ustawie Pzp i aby jej realizacja nie była uzależniona od wyniku dokonanej przez bank - gwaranta wykładni. Jak wskazała Izba w cytowanym już wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1332/18 treść gwarancji winna umożliwiać gwarantowi prostą subsumpcję zaistniałych okoliczności mających uzasadniać wypłatę

kwoty wadium do przesłanek w niej określonych. Nie można uznać, że treść gwarancji, której skuteczność realizacyjna zależy od pomyślnie (dla beneficjenta) przeprowadzonej przez gwaranta wykładni w należyty sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 65 ust. 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości przekraczającej kwotę wymaganą, określoną w § 1 ust. 1 pkt 2) ww. Rozporządzenia, Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego nadpłaconej kwoty 90 zł.

Przewodniczący:.....