Sygn. akt: KIO 2988/20

WYROK
z dnia 02 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Członkowie: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 grudnia 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.11.2020 r. przez wykonawcę **IVIA S.A., Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MPRB Sp. z o.o., Mosty Kraków S.A., MP INFRA Sp. z o.o., ul. Jana Dekerta 18, 30-703 Kraków**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.
2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postepowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3.Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego IVIA S.A., Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice, kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.
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 2b) 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. z 2018 r. poz. 972)
Przewodniczący ……
Członkowie: …….
.....

Sygn. KIO 2988/20
UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym" prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych i sprawowaniem nadzoru autorskiego dla rozbudowy drogi krajowej nr 28 na odcinku Nowy Sącz - Ropa oraz na odcinku Ropa - granica województwa w zakresie Części 1 i 2. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - prawo zamówień publicznych (Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 162-393794.

Zamawiający w punkcie 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ") postawił wymagania odnoszące się do składanych przez wykonawców dokumentów stanowiących wadium. W punkcie 16.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał przy tym, że gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. W ślad za powyższym odwołujący do swojej oferty dołączył wadium w postaci poręczenia udzielonego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. („ŚRFP") z dnia 23 września 2020 r. („Poręczenie").

Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2020 r. poinformował wykonawcę IVIA S.A., Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice, zwanego dalej „odwołującym" o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, podnosząc, że wadium wniesione przez odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy i nie gwarantuje zamawiającemu bezwarunkowej i natychmiastowej wypłaty kwoty wadium, co świadczy o nieprawidłowości tego dokumentu (z uwagi na rzekomą subsydiarność odpowiedzialności poręczyciela w stosunku do odpowiedzialności wykonawcy). Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej ;,KIO", „Izba") z dnia 16 października 2020 r., w połączonych sprawach KIO 2338/20, KIO 2387/20. W sprawie tej Izba rozpatrywała odwołanie wniesione przez odwołującego od decyzji innego zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą dla wydania wyroku był jednak analogiczny stan faktyczny, w którym oferta odwołującego została odrzucona z uwagi na rzekomą wadliwość złożonego poręczenia.

W treści Poręczenia znalazło się m. in. postanowienie:*„Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie"* (§ 3 ust. 1). Z kolei § 4 ust. 1 Poręczenia brzmi: *„poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3"*.

Odwołujący zauważył, że dokument wadialny, niezależnie od tego, z jaką formą wadium mamy do czynienia (gwarancja bankowa, ubezpieczeniowa czy poręczenie), podlega procesowi wykładni właściwej dla oświadczeń woli. Powyższe generuje jednocześnie obowiązek przeprowadzenia tej wykładni w sposób należyty, tj. zgodny z przyjętymi regułami oświadczeń woli. W tym zakresie wskazał na wyrok KIO z dnia 10 maja
2011r., gdzie Izba wskazała, że: „Odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli". Powyższe znajduje ponadto potwierdzenie chociażby w wyroku KIO 632/173, KIO 235/13. Podał, że przy interpretacji poszczególnych wyrażeń składających się na oświadczenie woli złożone w formie pisemnej należy uwzględnić kontekst i związki treściowe, występujące pomiędzy zawartymi w tekście postanowieniami oraz cel oświadczenia, jak również okoliczności jego złożenia. Ze względu na treść art. 65 § 2 kc w umowach należy w pierwszej kolejności badać zamiar stron i cel umowy, a dopiero w dalszej kolejności opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Możliwa jest więc sytuacja, w której właściwy sens czynności prawnej będzie odbiegał od jej jasnego znaczenia ustalonego w świetle reguł językowych. W konsekwencji nie można poprzestać na wykładni językowej treści oświadczeń woli ujętych w umowie nawet, jeżeli jej wynik jest

jednoznaczny.
Odnosząc się do samej czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty podniósł, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na rzekome ograniczenia w treści wadium, które miało ograniczać zamawiającemu wypłatę kwoty wadium. Zamawiający dopatruje się takiego ograniczenia w § 3 ust 1 Poręczenia, które stanowić ma rzekomo o jego subsydiarnym charakterze. Poręczyciel bowiem wskazał w treści swojego oświadczenia, że *„Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie*." W ocenie Zamawiającego użycie słów „na wypadek" determinowało uznaniem, że Poręczenie to nie jest bezwarunkowe. Podstawowe uchybienie, którego dopuścił się zamawiający, zdaniem odwołującego, związane jest z zaniechaniem analizy Poręczenia przez pryzmat pełnej treści tegoż dokumentu. Pomija on bowiem, że wnioskom, które wyprowadził z postanowienia § 3 ust. 1 przeczy całkowicie jednoznaczne postanowienie § 4 ust. 1 Poręczenia. § 4 ust. 1 Poręczenia ma następujące brzmienie: *„Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3."* Już zatem prawidłowa analiza tej treści wadium pozwoliłaby zamawiającemu dojść do wniosku, że dokument ten w pełni zabezpiecza jego prawo do ewentualnej wypłaty żądanej kwoty, a przy tym spełnia wymagania określone w SIWZ. Mimo to, zamawiający zdecydował się na wyrywkową interpretację Poręczenia obarczając przy tym odwołującego najdotkliwszą sankcją, jaką jest odrzucenie jego oferty. Sformułowanie użyte w § 4 ust. 1 Poręczenia („bezwarunkowo") ma charakter jednoznaczny i zrozumiały. „Bezwarunkowość" tej instytucji jest pomiędzy stronami niniejszego sporu okolicznością bezstronną. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje, iż celem przedkładanego zamawiającemu wadium jest zaspokojenie jego roszczenia po spełnieniu jednej z przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. „Bezwarunkowość" ta oznacza więc, że wadium „uruchamiane" jest niejako automatycznie po ziszczeniu się jednej z przesłanek wymienionych w tych przepisach. Bez znaczenia dla tego automatyzmu jest konieczność przedstawienia gwarantowi czy poręczycielowi odpowiedniego wniosku. Wymóg ten nie przeczy regule „bezwarunkowości", jest bowiem jedynie konsekwencją formy złożonego wadium.
Odnosząc się do powyższych stwierdzeń, zauważył, iż zamawiający zupełnie pomija, że skorzystanie przez instytucję zamawiającą z prawa do zatrzymania wadium każdorazowo powiązane jest z powstaniem roszczenia regresowego, jakie przysługuje wystawcy wadium względem wykonawcy, którego działanie spowodowało konieczność wypłaty przez wystawcę świadczenia wadialnego. Jednakże sama realizacja roszczenia regresowego, w tym warunki jego wyegzekwowania nie dotyczą relacji na linii wystawca gwarancji - zamawiający. Analizowane zdanie z § 3 ust. 1 Poręczenia jest niczym innym, jak właśnie emanacją stosunków pomiędzy poręczycielem a Odwołującym. Sformułowanie zawarte w umowie poręczenia w brzmieniu *„na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie"* należy odczytywać jedynie przez pryzmat relacji ŚRFP - Odwołujący. W żaden sposób nie neguje ono bezwarunkowego charakteru udzielonego poręczenia. Za szczególnie istotne uznać należy, że wypłata świadczenia przez ŚRFP nie jest jednak w żaden sposób uzależniona od wywiązania się przez wykonawcę z jakiegokolwiek świadczenia.

Odnosząc się do wskazanej podstawy odrzucenia jego oferty podniósł, że w celu wykazania, iż zobowiązanie ŚRFP nie ma charakteru subsydiarnego, Odwołujący posłuży się przykładem subsydiarności z ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych („ksh"), Otóż, jak wynika z art. 31 § 1 ksh (przepis dotyczący odpowiedzialności wspólników na etapie egzekucji) „Wierzyciel spółki może prowadzić egzekucję z majątku wspólnika w przypadku, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (subsydiarna odpowiedzialność wspólnika)". Bezsporne jest zatem, że w przypadku instytucji opisanej w tym przepisie rzeczywiście mamy do czynienia z subsydiarnością, która odnosi się do możliwości przeprowadzenie egzekucji z majątku wspólnika. Otóż taka egzekucja jest możliwa, jednakże jedynie w przypadku, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna. Odpowiedzialność ta zrodzić się może bowiem dopiero wtedy, gdy spełniony zostanie dodatkowy warunek, jakim jest brak możliwości przeprowadzenia egzekucji z majątku spółki. Odpowiedzialność wspólnika bez wątpienia jest więc odpowiedzialnością warunkową, co czyni ją jednocześnie odpowiedzialnością subsydiarną. Porównanie natomiast treści § 3 ust. 1 Poręczenia do powyższego przepisu ksh, pozwala na bezsporne uznanie, że odpowiedzialność ŚRFP nie ma charakteru subsydiarnego. Otóż wypłata świadczenia, o którym mowa w Poręczeniu, nie jest uzależniona od spełnienia dodatkowego warunku. Oznacza to, że odpowiedzialność ŚRFP powstaje niezależnie od czynności wykonawcy. O wadliwości stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym Poręczenie ma charakter warunkowy, dobitnie świadczy treść § 4 ust. 2 Poręczenia, zgodnie z którym *„Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SIWZ bądź w inny sposób"*. A zatem, jak wynika z przywołanego postanowienia, ŚRFP zobligowany jest do wywiązania się z obowiązku świadczenia na rzecz Zamawiającego niezwłocznie. W przypadku natomiast, gdy Zamawiający wyznaczył stosowany termin w tym zakresie, to wypłacenie środków musi bezwzględnie nastąpić w tym terminie. Z tego postanowienia wynika bezsprzecznie, że to zamawiający ma pełną władzę i kontrolę nad przebiegiem procedury zmierzającej do uzyskania środków.

Odnosząc się do treści gwarancji podkreślił, że ŚRFP posługuje się identycznym jak złożone w Postępowaniu wzorcem poręczenia od wielu lat. Odwołujący nie zamierza przekonywać, iż fakt akceptowania podobnych poręczeń w innych postępowaniach ma mieć decydujące znaczenie dla niniejszej sprawy, wszak powielanie wadliwości (błędu) wcale nie oznacza, że błąd nie istnieje. Najważniejsze jest natomiast ustalenie, czy ta wadliwość faktycznie ma miejsce. Otóż odpowiedzi na pytanie o to, czy rzeczywiście (jak chce tego zamawiający oraz Izba w Wyroku) mamy do czynienia ze zobowiązaniem subsydiarnym należy szukać w mających miejsce w przeszłości przypadkach. Zasadne jest więc przyjrzenie się sytuacjom, w którym instytucje zamawiające usiłowały uzyskać od ŚRFP zaspokojenie z poręczeń o treści zbieżnej z treścią Poręczenia. Jeśli bowiem rzeczywiście ŚRFP uzależniał w tych dawnych przypadkach dokonanie zapłaty od niewywiązania się ze świadczenia przez wykonawcę, to potwierdzi się teza o subsydiarności Poręczenia. Jeśli jednak ŚRFP wypłacał stosowną kwotę niezależnie od postawy wykonawcy (tj. bezwarunkowo), to teza ta okaże się błędna. Dążąc do wyjaśnienia tych wątpliwości, odwołujący zwrócił się do ŚRFP z pytaniem o przebieg postępowań, w których instytucje zamawiające występowały do ŚRFP z wezwaniem do zapłaty z tytułu ziszczenia się przesłanki uzasadniającej zatrzymanie wadium. Jak wynika z analizy tych przypadków, ŚRFP nie uzależniał wypłaty kwoty odpowiadającej wysokości żądanego wadium od spełnienia jakichkolwiek warunków, na co odwołujący złożył kilka dowodów dotyczących takich wezwań.

Nawiązując do potrzeby, a nawet obowiązku zamawiającego dotyczącego wykładni treści gwarancji wadialnej w formie poręczenia podał, że zgodnie z definicją wynikającą z art. 876 § 1 k,c. „przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał". Jak wynika z brzmienia tego przepisu i co, dodatkowo potwierdza doktryna prawa cywilnego poręczyciel spełnia swoje zobowiązanie wynikające z poręczenia dopiero po tym, gdy dłużnik swojego zobowiązania nie wykonał (tj. nie wykonał w ogóle lub nie wykonał we właściwym terminie). W powołanej definicji poręczenia nie jest (wbrew błędnej sugestii Zamawiającego) zawarty żaden warunek, tylko konstrukcja prawa poręczenia polega na tym, że najpierw aktualizuje się odpowiedzialność dłużnika głównego a potem (tj. w sytuacji gdyby dłużnik ten nie wykona swojego zobowiązania) aktualizuje się odpowiedzialność poręczyciela. Zobowiązanie poręczyciela aktualizuje się dopiero po tym, gdy dłużnik

główny zobowiązana nie wykonał (w terminie), co wynika z definicji poręczenia zawartej w art. art 876 § 1 k.c. a nie jest wyrazem rzekomego nadania przez ŚRFP swojemu zobowiązaniu wynikającemu z udzielonego Poręczenia charakteru subsydiarnego lub warunkowego. Bezwarunkowy charakter udzielonego Poręczenia potwierdza § 4 ust. 1 tego Poręczenia w brzmieniu: *„poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w §3"*.

Istotne znaczenie na gruncie niniejszego stanu faktycznego ma także charakter przypisanej ustawowo odpowiedzialnośc podmiotu poręczającego. Jak bowiem wynika z art. 881 kc „w braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jes odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny." Art. 881 kc wskazuje, że poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny Wyklucza to zatem subsydiarność jego odpowiedzialności, charakteryzującą się tym, że poręczyciel zobowiązany jest d świadczenia dopiero po bezskutecznym podjęciu działań wobec dłużnika, mających na celu uzyskanie świadczenia Odpowiedzialność poręczyciela jako dłużnika solidarnego sprowadza się zatem do tego, że gdy zobowiązanie staje si wymagalne, wierzyciel może dochodzić jego wykonania.

Dokonując wykładni powyższego przepisu można zatem jednoznacznie przyjąć, że wyłączenie odpowiedzialności solidarnej, na mocy której poręczyciel mógłby uchylać się od wykonania zobowiązania wynikającego z dokumentu poręczenia (wadium) musi znaleźć swoje źródło w klauzuli ograniczającej taką odpowiedzialność. W niniejszym stanie faktycznym, oświadczenie poręczyciela nie zawierało zastrzeżenia, że poręczyciel nie jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny ani że w jakikolwiek inny sposób odpowiedzialność ta zostaje zmieniona. W tym miejscu należy szczególnie uwypuklić fakt, że ograniczenie lub przekształcenie odpowiedzialności poręczyciela jest dopuszczalne i zarazem możliwe, tylko w przypadku dodania do treści dokumentu postanowienia, które w sposób bezpośredni przewiduje wyłączenie stosowania art. 881 kc. Ograniczenie to, dla swej ważności musi znaleźć się w dokumencie. Jak potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach „w braku przeciwnego zastrzeżenia poręczenie ma charakter akcesoryjny, a nie subsydiarny, co oznacza to, że poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny (art. 881 k.c.), a zatem jego dług staje się wymagalny z chwilą, gdy dłużnik główny opóźni się ze spełnieniem swego świadczenia. "

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła po zapoznaniu się przez zamawiającego ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 16 października 2020 roku w połączonych sprawach KIO 2338/20 oraz KIO 2387/20, w którym KIO badając prawidłowość czynności zamawiającego odrzucenia oferty wykonawców, podważyła prawidłowość złożonego przez nich wadium w formie poręczenia. Podkreślił, że postępowanie, które zostało zakończone wyrokiem wskazanym powyżej, toczyło się pomiędzy stronami niniejszego postępowania, z tym że zamawiający był reprezentowany przez Oddział GDDKiA w Łodzi. Treść poręczenia złożonego w niniejszym postępowaniu jest identyczna z treścią jaką oceniała w w/w postępowaniu Izba. Nie ma więc podstaw do dokonania odmiennej oceny dokumentów i tym samym podważenia prawidłowości czynności podjętej przez zamawiającego w niniejszej sprawie. Podkreślił, że jego zdaniem treść złożonego przez odwołującego odwołania jest próbą kwestionowania rozstrzygnięcia Izby w niewłaściwym trybie. Jeżeli bowiem odwołujący nie zgadzał się z rozstrzygnięciem Izby, był uprawniony do zakwestionowania rozstrzygnięcia poprzez złożenie skargi. Z informacji pozyskanej przez zamawiającego wynika, że skarga nie została złożona. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest więc prawomocny i chociaż został wydany w odrębnej sprawie, z uwagi na identyczność dokumentów, zamawiający zobowiązany jest do zastosowania się do tego rozstrzygnięcia także w tym postępowaniu.

Odnosząc się do treści samej gwarancji wadialnej złożonej w formie poręczenia podał, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący zdecydował się na wniesienie wadium w formie poręczenia. W świetle przywołanego powyżej orzeczenia Izby poręczenie to, nie spełnia wymagań SIWZ i tym samym nie można uznać, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy. Zgodnie z zapisami SIWZ - w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia koniecznym jest aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne wezwanie Zamawiającego.

Nadto stwierdził, że literalne brzmienie poręczenia przedłożonego przez Odwołującego czyni zasadną tezę, że jest to w rzeczywistości zabezpieczeniem wniesienia wadium, a nie zabezpieczeniem zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 Pzp oraz obejmuje okres realizacji przypadający po terminie złożenia ofert.

Zgodnie z treścią przedłożonego poręczenia odpowiedzialność poręczyciela obejmuje 100% aktualnego i wymagalnego określonego w treści poręczenia zobowiązania na wypadek, gdyby wykonawca nie wykonał tego zobowiązania w terminie. To stwierdzenie należy rozumieć jako niewywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku wniesienia wadium w terminie. W dalszej części zapisów przedłożonego poręczenia czytamy, że poręczyciel dokona wpłaty wadium na rzecz zamawiającego, tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zgłoszone zostanie ono w terminie wskazanym w poręczeniu. Dodatkowo, zamawiający aby zrealizować swoje uprawnienia z udzielonego poręczenia, musiałby w pierwszej kolejności wezwać do zapłaty Wykonawcę, a dopiero gdy ten się nie wywiąże z obowiązku zapłaty, zaktualizuje się zobowiązanie poręczyciela. Niewątpliwie mamy tu do czynienia z ograniczeniem bezwarunkowości i natychmiastowości, zwłaszcza w porównaniu z wadium wniesionym w pieniądzu. Zamawiający słusznie przyjął, że przedłożony przez odwołującego dokument poręczenia (jak wynika z jego literalnej treści) zabezpiecza aktualne i wymagalne zobowiązanie Wykonawcy, a więc obowiązek wniesienia wadium, a nie obowiązki wynikające z art. 46 Pzp.

Tym samym, przy takiej konstrukcji dokumentu poręczenia, nie można uznać, że wadium zostało wniesione prawidłowo, w terminie i zgodnie z zapisami SIWZ. Nie stanowi dla Zamawiającego zabezpieczenia równorzędnego z zabezpieczeniem wniesionym w formie gotówki i nie mogło zostać zaakceptowane. Czynność podjęta przez Zamawiającego jest więc prawidłowa i brak jest podstaw do jej zakwestionowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane: przez zamawiającego na piśmie, a przez odwołującego także do protokołu rozprawy oraz złożone dowody, ustaliła i zważyła co następuje. Odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może mieć istotny wpływ na uznanie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Podkreślić należy, że podstawą do wniesienia odwołania była czynność zamawiającego z dnia 5 listopada 2020 roku, w której to zamawiający uznał, że oferta złożona przez odwołującego jest niezgodna z pkt 16 IDW, co skutkowało jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, gdyż według zamawiającego wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty podał, iż w treści w § 3 ust. 1 poręczenia zapłaty wadium znajduje się

zapis: „*Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie*". Powyższy zapis zdaniem zamawiającego oznacza, iż poręczyciel zastrzegł, że jego odpowiedzialność ma charakter subsydiarny w stosunku do odpowiedzialności wykonawcy, bowiem powstaje dopiero w sytuacji, gdy wykonawca opóźni się z zapłatą wadium. Tym samym, tak skonstruowana treść poręczenia nie gwarantuje bezwarunkowej i natychmiastowej wypłaty kwoty wadium, co świadczy o nieprawidłowości tego dokumentu. Jako uzasadnienie podjętej czynności oceny złożonego poręczenia wadialnego przywołał tezy z uzasadnienia orzeczenia Izby z dnia 16 października 2020 roku w sprawie KIO 2338/20 oraz 2387/20.

Zauważyć należy, że zamawiający - co wynika zarówno z treści czynności odrzucenia odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie, swoje stanowisko oparł nie tyle na analizie treści gwarancji, lecz na ww. orzeczeniu Izby uznając, że ze względu na fakt, iż zarówno w odwołaniach o sygn. KIO 2338/20 oraz 2387/20 jak i w tym odwołaniu gwarancja wadialna ma taką samą treść, to i orzeczenie Izby winno być takie samo, czyli oddalające odwołanie.

Do tej kwestii odniósł się także pełnomocnik odwołującego na rozprawie stwierdzając, że podstawą orzeczenia Izby nie są inne wcześniejsze wyroki KIO wydane w podobnych sprawach, lecz ocena materiału dowodowego stron w konkretnej sprawie. Izba zgadza się ze stanowiskiem pełnomocnika i wskazuje, że zgodnie z treścią art. 174 ust. 7 Pzp, członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa, a nie innymi orzeczeniami Izby. Za takim stanowiskiem w zakresie orzekania przemawiają także liczne orzeczenia sądów powszechnych. Wskazać należy chociażby na wyrok Sądu Najwyższego z 17 maja 2017 r. (V CSK 466/16) w którym SN stwierdził, oceniając związanie sądów innymi orzeczeniami stwierdził, że „Sąd powszechny, rozpoznający sprawę, nie jest związany uchwałami Sądu Najwyższego, nawet o mocy zasady prawnej, jeżeli nie zostały wydane w tej samej sprawie".

Izba stwierdza, że rolą Izby jest rozstrzyganie kwestii prawnych wraz z oceną stanu faktycznego przedstawionego przez wykonawcę zgodnie z treścią art. 180 ust.3 Pzp. Wcześniejsze orzeczenia Izby wskazywane przez strony postępowania mogą stanowić jedynie wskazówkę, jak przy spełnieniu przez strony obowiązków z art. 190 ust. 1 Pzp orzekła Izba. Podkreślić należy, że ciężar dowodowy spoczywa na stronie, która z określonych czynności wywodzi dla siebie określone skutki prawne. Niewątpliwym jest, że przy odrzuceniu oferty, czy wykluczeniu wykonawcy z postępowania, ciężar dowodowy obciąża zamawiającego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody na poparcie swoich racji, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku zastępowania stron w wypełnianiu obowiązków procesowych.

Przechodząc do kwestii związanej z uiszczeniem wadium, wskazać należy, że mianem wadium określamy ustaloną kwotę pieniędzy składaną zamawiającemu na poczet gwarancji dotrzymania warunków danej umowy. Zgodnie z art. 45 ust.6 Pzp 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 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620). Podstawowym wzorcem prawidłowości uiszczenia kwoty wadium jest wpłata wymaganej sumy pieniężnej przez wykonawcę, na rachunek bankowy zamawiającego. Jednakże ustawodawca dopuścił jeszcze ww. inne formy wpłaty wadium do których oprócz przepisów Pzp stosuje się przepisy właściwe dla danej formy. Forma ta nie jest regulowana przez ustawę zamówieniową, lecz przez przepisy kodeksu cywilnego, które to przepisy w oparciu o przepis art. 14 Pzp stosuje się wprost, pod warunkiem braku ich uregulowania przez ustawę Pzp. Tak więc dokonując oceny prawidłowości wniesionego wadium w innej formie niż w pieniądzu należy mieć na względzie także odpowiednie uregulowania kodeksu cywilnego. Dlatego też każda forma gwarancji wadialnej - poza złożoną w formie pieniężnej, podlega wykładni. Wykładnia gwarancji to nic innego jak odwzorowanie treści wynikającej zarówno z literalnego brzmienia gwarancji, jak i przyświecającej woli stron umowy w oparciu o przepis art. 65 k.c. Na potrzebę takiej wykładni zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 2018-02-15, IV CSK 86/17 stwierdził, że „decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków" i formalnych przesłanek zapłaty". Izba w przedmiotowym zakresie wskazuje na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 lipca 2016 roku, KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16gdzie Izba uznała, że gwarancja wadialna tak, jak każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia.

Przed oceną treści gwarancji poręczeniowej złożonej w przedmiotowej sprawie przez odwołującego należy zauważyć, że zamawiający de facto nie uznaje tego poręczenia jako zabezpieczenia wadialnego przedmiotowego postępowania. Otóż zamawiający na stronie 4 odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że „Literalne brzmienie poręczenia przedłożonego przez Odwołującego czyni zasadną tezę, że jest w rzeczywistości zabezpieczeniem wniesienia wadium, a nie zabezpieczeniem zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 Pzp oraz obejmuje okres realizacji przypadający po terminie złożenia ofert". Zamawiający takim stanowiskiem kwestionuje istotę umowy poręczenia wynikającą z art. 876 § 1 k.c. i zdaniem Izby, błędnie uważa, że przepisy art. 46 Pzp odmiennie regulują na gruncie ustawy Pzp instytucję poręczenia, podczas gdy te przepisy dotyczą tylko przesłanek zatrzymania wadium. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 876 § 1 k.c. „*Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. § 2. Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie*".

Przechodząc do analizy treści poręczenia wadialnego Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska zamawiającego, że poręczenie to nie spełnia wymagań dla tej formy wniesienia wadium. Na marginesie należy zauważyć, że według odwołującego – co nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego zarówno w przedmiotowym postepowaniu jak i w sprawie KIO 2338/20 (Izba zapoznała się również z aktami sprawy odwoławczej o sygn. KIO 2338/20 oraz KIO 2387/20), poręczenie o identycznej treści było wystawiane wielokrotnie przez tego wystawcę na potrzeby postępowań prowadzonych przez zamawiającego i taka treść była przez zamawiającego akceptowana. Dopiero zamawiający w sprawie prowadzonej przez GDDKiA Oddział w Łodzi zakwestionował treść takiego poręczenia, co przełożyło się także na stanowisko zamawiającego w tej sprawie.

Odnosząc się do treści gwarancji stwierdzić należy, że w § 4 w sposób jednoznaczny wskazano, iż poręczenie zobowiązuje Poręczyciela do wypłaty wadium na rzecz zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie o którym mowa w § 3.

Niewątpliwym jest, że odwołanie do § 3 referuje do pkt 3 poręczenia dotyczącego okresu ważności udzielonego poręczenia.

Zamawiający kwestionuje prawidłowość treści § 3 pkt 1 twierdząc, że postanowienie w nim zawarte niweczy bezwarunkowość poręczenia wadialnego i jego płatność na pierwsze żądanie. Izba, odnosząc się do powyższego, przyjęła za prawidłowe i zasadne stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu i na etapie rozprawy, że mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy po przekazaniu wykonawcy informacji, że zamawiający dokona zatrzymania wadium, wykonawca ten niejako „ubiegnie" poręczyciela i sam wpłaci do zamawiającego kwotę wadium mającą być zatrzymaną przez zamawiającego. Żaden przepis ustawy Pzp ani k.c. nie formułuje zakazu w tym zakresie. Oczywistym jest, że zamawiający zaspokojony w żądanym zakresie przez wykonawcę nie ma podstaw prawnych, aby domagać się kolejnej wpłaty na jego rzecz z tego tytułu przez poręczyciela (o czym mowa w § 3 pkt 1 gwarancji), bo to stanowiłoby co najmniej bezpodstawne wzbogacenie, o którym mowa w art. 405 k.c. Izba uznaje, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że treść § 3 pkt 1 wyłącza stosowanie § 4. Tym samym za pozbawione podstaw uznaje stanowisko zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdza, że „Zamawiający aby zrealizować swoje uprawnienia z udzielonego poręczenia, musiałby w pierwszej kolejności wezwać do zapłaty Wykonawcę, a dopiero gdy ten się nie wywiąże z obowiązku zapłaty, zaktualizuje się zobowiązanie poręczyciela". Także niezasadne i niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie, iż przy takim brzmieniu § 3 pkt 1, stwierdzenie to należy rozumieć jako niewywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku wniesienia wadium w terminie.

Na potwierdzenie prawidłowości wniesionego wadium w formie poręczenia wskazać należy na okoliczności, podane przez odwołującego, który przedłożył kopie oświadczeń zamawiających z kilku postępowań w których dokonano zatrzymaniu wadium w oparciu o poręczenie tej samej treści co złożone w tym postępowaniu. W każdym z ww. przypadków wypłata wadium na rzecz zamawiających przez ŚRFP sp. z o.o. była bezwarunkowa i płatna na ich pierwsze żądanie. Nadto Izba podkreśla, że sformułowanie z poręczenia jest przeniesieniem brzmienia przepisu k.c. do oświadczenia poręczyciela. W przedmiotowym stanie faktycznym nie można więc mówić o subsydiarnym charakterze poręczenia w sytuacji, gdy kwestionowana treść poręczenia wynika z przepisu k.c., a ustawodawca dopuścił poręczenia, jako jednej z form wniesienia wadium.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izby stwierdzić należy, że zamawiający nie może w trakcie oceny ofert pomijać rzeczywistej treści poręczenia wadialnego ocenianego przez pryzmat celu w jakim zostało złożone, oraz powinien dokonać jego wykładni celem uzyskanie takich wyników, które wskazują największy stopień zgodności złożonej gwarancji czy poręczenia z obowiązującymi normami prawnymi i celem w jakim zostało złożone. Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron - odwołującego i poręczyciela było zawarcie umowy poręczenia, celem przedłożenia dokumentu gwarancji wadialnej w postępowaniu w którym odwołujący chciał wziąć udział. Izba uznaje, że nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy poręczenia.

Równocześnie Izba podkreśla, że decyzja o odrzuceniu oferty z uwagi na przyjętą wadliwość wadium musi być każdorazowo poparta analizą, której skutkiem jest stanowisko zamawiającego niepozostawiające żadnych wątpliwości odnośnie nieprawidłowości wadium. W przedmiotowej sprawie brak jest takiej analizy, a zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie ma podstaw do dokonania odmiennej oceny poręczenia niż w sprawie KIO 2338/20 oraz KIO 2387/20, atym samym podważenia prawidłowości czynności podjętej przez zamawiającego w tej sprawie. Izba podkreśla, że w treści odpowiedzi na odwołanie prawie całość analizy opiera się na przywołaniu tez z orzeczenia KIO w sprawach o sygn. KIO 2338/20 oraz KIO 2387/20Zauważyć należy, że zamawiający jak i przystępujący nie byli reprezentowani na rozprawie, czym poniechali obrony swojego stanowiska o zasadności odrzuceniu oferty odwołującego.

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 – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

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. 1, 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 1b 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
(t.j. Dz. U z 2018 r , poz. 1092),

Przewodniczący …….

.....

.....