Sygn. akt: KIO 632/17

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2017 r. przez wykonawcę **P. E. S.A, ul. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **P. D. S.A, ul. (…)** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi eksploatacyjnej na sieci WN i SN na terenie P. D. S.A. Odział (…)" – (postępowanie znak LZA/ZP/329/2016)

przy udziale wykonawcy **P. P. – H. E. Spółka z o.o., ul. (…)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

---

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego – **P. D. S.A, ul. (…)** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. E. S.A, ul. (…)** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od Zamawiającego – **P. D. S.A, ul. (…)** na rzecz wykonawcy – **P. E. S.A, ul. (…)** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 24 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 632/17

Zamawiający – P. D. S.A., ul. (…) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi eksploatacyjnej na sieci WN i SN na terenie P. D. S.A. Odział (…)" – (postępowanie znak LZA/ZP/329/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 09.12.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 238 - 434085.

W dniu **22.03.2017 r.** poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ze względu na niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanie beneficjenta gwarancji wadialnej.

W dniu **31.03.2017 r.** na powyższą czynność odwołanie wniósł wykonawca P. E. S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenia:

• naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty P.E. Sp. z o.o.;
• naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, tzn.: niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w rozdziale XIII SIWZ polegający na wskazaniu jako beneficjenta gwarancji „P. D. S.A. Oddział (…)" w miejsce zamawiającego „P. D. S.A. z siedzibą w (…)", w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł wadium w prawidłowy sposób i prawidłowo określił beneficjenta gwarancji;
• art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.), zwanej dalej również „k.c." w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i wadliwe przyjęcie, że oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta: P. D. S.A. Oddział (…), zamiast P. D. S.A., czyni niemożliwym skuteczne zrealizowanie

roszczeń Zamawiającego wobec Gwaranta, w sytuacji gdy dodatkowe wskazanie w oznaczeniu Beneficjenta tj. P. D. S.A. Oddziału (…), nie powoduje, że P. D. S.A. nie może dochodzić roszczeń od gwaranta w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium;
• naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonego dokumentu wadialnego, w sytuacji, gdy w stosunku do jego treści powstały po stronie Zamawiającego wątpliwości.

I. Żądania Odwołującego:
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
• unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum P. E. Sp. z o.o.;
• unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
• powtórzenia czynności badania i oceny ofert i zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, poniesionych przez Odwołującego.

V. Uzasadnienie interesu w uzyskaniu zamówienia
Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego doszło do odrzucenia jego oferty. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzyskanie zamówienia.
Zgodnie z działem XXIV pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej również „SIWZ", „zgodnie z art. 91a ust. 1. ustawy Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu". Stąd; też odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego uniemożliwia mu udział w aukcji elektronicznej jako kolejnym etapie postępowania, a w konsekwencji - uzyskanie zamówienia. Na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, Odwołujący ponosi szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści wynikających z zawarcia i wykonania umowy w niniejszym Postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, co uzasadnia wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu odwołania P. E. S.A. wskazał, co następuje.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadzi postępowanie o

udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi eksploatacyjnej na sieci WN i SN na terenie P. D. S.A. Oddział (…). Odwołujący w założył ofertę w przedmiotowym Postępowaniu. Zamawiający po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując jednocześnie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający' żądał wniesienia wadium.
2. Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w rozdziale XIII SIWZ określił wymagania dotyczące wadium. W pkt 4 lit. a ww. Rozdziału SIWZ Zamawiający wskazał, że gwarancja winna zawierać nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib. Zgodnie z pkt 6 Rozdziału I SIWZ, Zamawiający został zdefiniowany następująco: „P. D. Spółka Akcyjna z siedzibą w (…), KRS: (…), NIP: (…), REGON: (…), kapitał zakładowy: 9 729 424160,00zł w całości opłacony, w imieniu i na rzecz której występuje P. D. S.A. Oddział (…)”
3. Odwołujący do oferty dołączył gwarancję nr (…) z dnia 10 stycznia 2017 r., a także aneks nr 1 z dnia 16 stycznia 2017 r. do Gwarancji nr (…) z dnia 10 stycznia 2017 r. W treści dokumentu gwarancyjnego jako beneficjent gwaranci został wskazany: „P. D. S.A. Oddział (…)".
4. Jak wskazał Odwołujący zdaniem Zamawiającego wskazanie w gwarancji bankowej jako beneficjenta Oddziału (…), który prowadzi Jedynie postępowanie w imieniu P. D. SA. z siedzibą w (…) i nie posiada osobowości prawnej, nie daje możliwości Zamawiającemu skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia uzasadniających zatrzymanie wadium
5. Odwołujący wskazał, że samo pojęcie oddziału jest zdefiniowane w art. 5 pkt 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.), dalej jako „u.s.d.g.", według którego oddział to wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Pojęcie oddziału przedsiębiorstwa występuje również w art. 436 k.c., według którego firma oddziału osoby prawnej zawiera pełną nazwę tej osoby oraz określenie "oddział" ze wskazaniem miejscowości, w której oddział ma siedzibę. Odwołujący podkreśla, że na gruncie art. 5 pkt 4 u.s.d.g. nie można wywieść odrębności prawnej oddziału od przedsiębiorcy, którego odrębność od przedsiębiorcy polega jedynie na funkcjonalnym i przestrzennym wydzieleniu

części organizacyjno-gospodarczej przedsiębiorcy (...) (zob. wyrok NSA z dnia 18 marca 2011 r., II FSK 1773/09, LEX nr 818429).
Oddział rozumiany jest zatem w sposób funkcjonalny i tym samym stanowi część przedsiębiorstwa. Dlatego nie sposób przyjąć, że dopisanie w gwarancji do firmy Zamawiającego „P. D. S.A." dopisku „Oddział (…)" powoduje, że beneficjentem gwarancji jest inny podmiot niż Zamawiający. Z powyżej przedstawionej argumentacji wynika bowiem jasno, że oddział nie ma odrębnej osobowości prawnej od spółki P. D. S.A., działa w ramach osobowości prawnej Zamawiającego i stanowi jedynie jej część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności.
Tym samym pomimo dopisku polegającego na oznaczeniu oddziału osoby prawnej, beneficjentem gwarancji pozostaje cały czas ta osoba prawna - a więc - spółka P. D. S.A. będąca w niniejszym postępowaniu Zamawiającym.
6. Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego, za błędną należy uznać czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu gwarancji wniesionej przez Odwołującego za wadium wniesione w sposób nieprawidłowy w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Zamawiający, tj. P. D. S.A. będzie mógł zaspokoić się w pełni z gwarancji w przypadku zajścia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a - 5 ustawy Pzp wymienionych w jej treści.
7. Następnie Odwołujący wskazał na utrwalone stanowisko judykatury Krajowej Izby Odwoławczej. Stosownie do stanowiska tam zawartego, a odnoszącego się do błędnego oznaczenia beneficjenta gwarancji wadialnej na przykładzie jednostek samorządu terytorialnego i stanowiących ich aparat pomocniczy - jednostek budżetowych: „oznaczenie

jako beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium urzędu Starostwa Powiatowego, zamiast będącej zamawiającym w postępowaniu właściwej jednostki samorządu terytorialnego, nie wyczerpuje hipotezy przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp [odpowiadającego aktualnemu brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - przy p. aut], (...), gdyż podmiot uprawniony z jej tytułu, czyli jednostka samorządu terytorialnego posiadająca osobowość prawną i zdolność sądową, (...) będzie mógł zaspokoić się z tytułu tak wystawionej gwarancji, czy dochodzić roszczeń z nią związanych na drodze sądowej' (vide, wyrok KIO z dnia 8 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1401/09, LEX nr 533265, wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 968/09 KIO/UZP 976/09, LEX nr 512945).

Powyższe wskazuje zatem, zdaniem Odwołującego, na pewną prawidłowość, którą należy wziąć pod uwagę również w przedmiotowym postępowaniu. Otóż omyłka w określeniu beneficjenta gwarancji stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, jedynie wówczas, gdy podmiot, który powinien być wskazany prawidłowo jako beneficjent, nie będzie miał rzeczywistej prawnej możliwości, zaspo kojenia się z

wystawionej gwarancji (vide. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KU/245/10, opublikowana na stronie internetowej www.uzp.gov.pl.

Podobne stanowisko zajęła również KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2009 r.: „Izba stwierdza, iż oznaczenie jako beneficjenta gwarancji Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, czyli jednostkę budżetowa Miasta (…) prowadząca przedmiotowe postępowanie zamiast samego (…), nie prowadzi do „nieważności" gwarancji bankowej czy niemożliwości zaspokojenia się zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie jest możliwe uznanie wadium za niewniesione i wykluczenie ww. Konsorcjum na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp [odpowiadającego aktualnemu brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - przy p. aut.]. Bank - gwarant wystawiający przedmiotową gwarancję, jak wynika z jej treści zapoznał się okolicznościami jej wystawienia, tzn. znał cel wnoszenia wadium i rodzaj roszczeń, które zabezpiecza. Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje ustawy Prawo bankowe czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż bank wystawił przedmiotową gwarancję w dobrej wierze, tzn. zobowiązał się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności. Wystawca gwarancji nie będzie miał żadnych podstaw do uchylenia się od zapłaty kwoty gwarantowanej (a domniemanie dobrej wiary pozwala przyjąć, iż znając okoliczności sprawy i rodzaj beneficjenta, bank powyższe akceptował i się z tym godził) na żądanie beneficjenta gwarancji, którego sam w gwarancji wpisał i oznaczył, tylko z tego tytułu, iż oznaczony beneficjent nie ma osobowości prawnej czy zdolności sądowej, pozwalającej mu na samodzielne dochodzenie tego typu roszczeń na drodze sądowej. Natomiast Miasto (…) będzie mogło skutecznie dochodzić roszczeń, również za pośrednictwem właściwie umocowanego kierownika SZRM, wynikających z zobowiązań, których stroną została oznaczona jednostka organizacyjna miasta. Jak już zaznaczono, wskazanie jako beneficjenta gwarancji bankowej podmiotu nie posiadającego osobowości prawnej, ale posiadającego samodzielność organizacyjną i finansową pozwalającą przyjmować środki pieniężne, nie powoduje, iż gwarancja nie będzie mogła zostać zrealizowana, a gwarant będzie mógł się skutecznie na tej podstawie uchylić od odpowiedzialności z jej tytułu." (vide, wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn.. akt KIO/UZP 968/09 KIO/UZP 976/09, LEX nr 512945). W tym miejscu warto odwołać się również do wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy ż dnia 13 stycznia 2016 r., w którym wskazano, że: „Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, iż nieprawidłowe nazwanie uczestnika postępowania, któremu na mocy art. 165 ust. 1 Konstytucji RP przysługuje osobowość prawna, a przez to zdolność sądowa na podstawie art. 64 § 1 k.p.c. rodzi jedynie powinność sprostowania tego oznaczenia dokonywanego w trybie art. 350 k.p.c,., a. w przypadkach

umów materialnoprawnych nie powoduje ich nieważności (por; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2012 r. IICSK204/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2014 r. IV CSK 716/13, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8października 2014 r, II

CSK 781/13/ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2012 r. III CSK247/11).
Sąd Okręgowy nie znajduje zatem żadnego jurydycznego uzasadnienia aby nie przyjąć ww. poglądów w niniejszej sprawie i nie dokonać wykładni oświadczenia woii w bardzo ograniczonym zakresie, albowiem nie budzi żadnych wątpliwości, iż (...) Oddział w B. jest właśnie emanacją Skarbu Państwa. W niniejszej sprawie prawa beneficjenta mogły być zatem egzekwowane przez podmiot uprawniony do reprezentacji tej jednostki, tj. Dyrektora Oddziału na wskazany w gwarancji rachunek bankowy, który rzecz jasna należy do Skarbu Państwa, w imieniu którego działa (...). Zgodnie z art. 34 k.c. Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków. Każda zatem czynność cywilnoprawna jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa wywiera w sferze przepisów prawa ten skutek, że jest to czynność Skarbu Państwa(vide: sygn. akt VIII Ga 280/15).
8. Powyższe rozważania zapadłe na gruncie obowiązującego przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 20 czerwca 2016 r. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp regulującego obowiązek wykluczenia wykonawcy w przypadku niewniesienia wadium, nie straciły na aktualności w obecnym stanie prawnym, w którym niewniesienie wadium lub nieprawidłowe wniesienie wadium stanowi przyczynę odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp), a nie wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu przed nowelizacją).
9. Odwołujący wskazał, że jako Beneficjent gwarancji prawidłowo wskazany został Zamawiający - tj. spółka P. D. S.A.
Oddział Zamawiającego (Oddział B.), który został wskazany w treści gwarancji nie stanowi odrębnego podmiotu, nie posiada odrębnej osobowości prawnej od Zamawiającego, nie jest prawnie odrębnym od Zamawiającego podmiotem, ale działa w ramach jego struktury i osobowości prawnej.
Zauważyć należy, że ww. Oddział B. w imieniu Zamawiającego prowadzi postępowanie. Nadto rachunek bankowy właśnie tego Oddziału B. k został wskazany do wniesienia wadium (dział XIII pkt 6 SIWZ) w formie pieniężnej w sposób następujący:
„ Wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na rachunek Zamawiającego: P. D. S.A. Oddział (…)
bank: P.S.A. II o/(…),
numer rachunku: (…)".
Powyższe wskazuje, że same zapisy SIWZ były niejasne w przedmiocie tego, czy przy określeniu beneficjenta gwarancji należało wskazać jedynie Zamawiającego, czy też dopisać w treści gwarancji również wskazanie Oddziału.

---

10. Odwołujący wskazał, że z jednej strony Zamawiający w stosunku do przedłożonej gwarancji kieruje się niczym nieuzasadnionym nadmiernym formalizmem, z drugiej natomiast strony, redagując SIWZ sam nie jest konsekwentny. W kilku miejscach SIWZ można powziąć wątpliwość co do prawidłowości określenia podmiotu będącym Zamawiającym w ramach niniejszego postępowania. Pomimo jego zdefiniowania w pkt 6 działu I SIWZ, w SIWZ dostrzega się również następujące zapisy:
1) dział XIII pkt 6:
„Wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na rachunek Zamawiającego:
P. D. S.A. Oddział B.
bank: P. S.A. II o/B.,
numer rachunku: (…),"
2) dział XVI pkt 1: „Ofertę należy złożyć w siedzibie Zamawiającego – P. D. S.A. Oddział (…), adres: (…), Kancelaria, parter budynku A, w nieprzekraczalnym terminie do, dnia 17.01.2017 roku do godz. 11:00."
3) dział XVI pkt 3:
„Zamawiający:
P. D. S.A. Oddział B. ul. (…)"
4) dział XVII pkt 1:
„Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego – P. D. S.A. Oddział (…), adres: (…), parter bud. A, w dniu 17.01.2017 roku o godz. 11:30."
Mając na względzie powyższe, Odwołujący wskazał na ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie: stanowisko dotyczące SIWZ, zgodnie z którym:
„To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca

dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty {art. 70 [1] § 4 k.c.). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji" (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt IC 2/15).
11. Odwołujący zaznaczył dodatkowo, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 KC. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem- gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną

jednostronnie zobowiązaną jest bank wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji.
KIO wielokrotnie wskazywała już, że treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn., akt 54/11, Izba wskazała, iż:
„omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że „w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 kc, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...) Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta – P. SA) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym stwierdzić należy, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany ód woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy. Dlatego też Izba stwierdziła, iż błąd w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy gwarancja ubezpieczeniowa została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa jest nieprawidłowi. Z kolei w innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną Unią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy P.z.p. i art. 65 k.c. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna (...) (por. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., w sprawie 765/13 784/13).
W wyroku KIO z dnia 8 października 2009 r. Izba podniosła z kolei, że: „W odróżnieniu od czynności procesowych (w rozumieniu kpc, jak i ustawy oraz jej przepisów wykonawczych) regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy wnoszenia niezbędnych dla wywołania określonych, procesowych skutków prawnych, oświadczenia woli wywołujące skutki zobowiązaniowe, takie jak oferty wykonania zamówienia publicznego czy gwarancje wadialne składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia również podlegały będą tego rodzajowi wykładni w szerokim zakresie wpływu na ich znaczenie zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretacje w ramach regulujących przepisów. (vide. KIO/UZP 1401/09, LEX nr 533265).
12. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że gwarancja została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści, tj. I. B. Ś. S.A. z siedzibą w (…) wystawiający gwarancję zobowiązał się do zapłaty sumy

gwarantowanej na rzecz beneficjenta gwarancji - organizatora przetargu w konkretnym i wskazanym postępowaniu (z przywołaniem przedmiotu zamówienia) w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami ustawy, we właściwych dla wskazanego przetargu terminach związania ofertą. Powyższe pozwala na ustalenie, iż celem wystawianej w dobrej wierze gwarancji wadialnej jest zabezpieczenie interesów beneficjenta, który

rzeczywiście może być podmiotem praw i obowiązków z niej wynikających, lub inaczej: zobowiązanie gwaranta do zapłaty sumy gwarantowanej dotyczy zaspokojenia rzeczywistego beneficjenta gwarancji, którym zarówno w opinii Odwołującego, jak i Gwaranta jest P. D. Spółka Akcyjna z siedzibą w (…). Tym samym Odwołujący wskazuje, że wniesione w postaci gwarancji bankowej wadium spełnia wszystkie wymagania wynikające z ustawy Pzp i zapisów SIWZ, tj.
a) zostało wniesione w wysokości określonej przez Zamawiającego
b) zostało wniesione przed upływem terminu do składania ofert
c) obejmuje cały okres związania ofertą
d) zawiera zobowiązania gwaranta do nieodwołalnej I bezwarunkowej, na pierwsze żądania, wypłaty beneficjentowi gwarancji (Zamawiającemu) oznaczonej kwoty pieniężnej odpowiadającej wysokości ustalonego wadium, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp i w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego i pozwala mu się w pełni zaspokoić z wadium we wszystkich przewidzianych ustawowo przypadkach.
Podkreślić przy tym należy, że „Prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjni' (KIO w wyroku z 9.5.2011 r., KIO 881/11).
Przywołania wymaga również stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż "formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...) ". W ocenie Zamawiającego pod uwagę należy brać naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu
przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. „Formalizm ma przede wszystkim gwarantować realizację wyrażonych w art. 7 ust 1 zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie tracąc jednocześnie z pola widzenia celu postępowania

o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacja przedmiotu zamówienia. Tym samym granice formalizmu zakreślone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust 3 Pzp)".
13. Jednocześnie, jeżeli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do treści gwarancji, zobowiązany był, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócić się o wyjaśnienie do Odwołującego, czego w okolicznościach sprawy zaniechał.
Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, że odwołanie jest konieczne i w pełni usprawiedliwione, stąd wnosi się jak w petitum odwołania

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego dowód z dokumentu w postaci pisma wystawcy gwarancji (I. B. Śląski S.A.,(…)) z dnia 31.03.2017 r., w którym wskazano m.in., (…) że *w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium wskazanych w Gwarancji – Zamawiający, tj. P. D. Spółka Akcyjna z siedzibą w (…), KRS (…) będzie mógł na podstawie dokumentu Gwarancji skutecznie dochodzić wynikających z Gwarancji roszczeń wobec Gwaranta.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że postępowania zostało wszczęte w dniu 09.12.2016 r. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu opatrzonego następującymi danymi:
(…): Usługi naprawcze i konserwacyjne 2016/S 238-434085
Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe
Usługi
Dyrektywa 2014/25/UE
W sekcji I ogłoszenia jako dane podmiotu zamawiającego zostały wskazane: Podmiot zamawiający I.1) Nazwa i adresy P. D. Spółka Akcyjna, (…) Osoba do kontaktów: M. D. Tel.: (…) E-mail: (…) Faks: (…) Kod NUTS: PL34 Adresy internetowe: Główny adres: (…)

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ na stronie 2 zamieścił w rozdziale zatytułowanym „Definicje" w pkt I.6):
Zamawiający – P. D. Spółka Akcyjna z siedzibą w (…), KRS (…).
Analogiczne dane zostały zamieszczone w pkt II SIWZ.
Nadto Izba ustaliła, że w Rozdziale XIII zatytułowanym „Wymagania dotyczące wadium" w pkt 4, że dokument gwarancji powinien wskazywać m.in. beneficjenta gwarancji (Zamawiającego).

Izba ustaliła następnie, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokument gwarancji bankowej wystawionej przez Gwaranta – I. B. Ś. S.A. z siedzibą w (…) opatrzony datą 10.01.2017 r. , w którym w komparycji jako beneficjent został wskazany P. D. S.A. Oddział (…).

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22.03.2017 r. (znak L. dz./LZA/MD/2996/2017) poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ze względu na mylne oznaczenie beneficjenta w gwarancji bankowej wniesienia wadium.

Na powyższa czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.), zwanej dalej również „kc" w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp objęta jest okoliczność niewniesienia lub nienależytego wniesienia wadium, w przypadku gdy podmiot zamawiający żądał jego wniesienia. Jednakże brak wniesienia wadium w określonym terminie nie jest, w opinii Izby, jedyną okolicznością, którą należy uznać za równoznaczną z niewniesieniem wadium. Zważywszy na charakter przepisów normujących instytucję "wadium" (ius *cogens)* oraz cel omawianej instytucji (zabezpieczenie zamawiającego w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), stwierdzić należy, iż z niewniesieniem wadium będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, gdy wadium nie zostanie wniesione w wysokości określonej przez zamawiającego lub w dopuszczalnej przez ustawę formie, a także jeśli nie będzie stanowiło zabezpieczenia zamawiającego, a nadto, jeżeli zabezpieczenie nie będzie obejmowało wypadków wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Istotne, z punktu widzenia analizowanego stanu faktycznego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wadium zabezpiecza Zamawiającego w niniejszym

postępowaniu, a więc, czy w istocie jest on beneficjentem badanej gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Izby, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia kilka argumentów. Po pierwsze w treści analizowanej gwarancji bankowej jako beneficjent został omyłkowo wskazany oddział przedsiębiorstwa, a zatem jego wyodrębniona strukturalnie jednostka, która nie jest żadnym odrębnym podmiotem prawa od samego Zamawiającego. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 z późn. zm.) przez oddział należy rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Jak wynika z powyższej definicji mamy w tym przypadku nadal do czynienia z działalnością wykonywana przez przedsiębiorcę (a więc w tym przypadku Zamawiającego).

Po drugie zaś, choć w treści SIWZ Zamawiający wskazał w ramach definicji kto jest podmiotem zamawiającym w prowadzonym postępowaniu oraz wskazał, jaki podmiot winien być ustanowiony beneficjentem gwarancji wadialnej, to w treści ogłoszenia o zamówieniu, a wiec najistotniejszym dokumencie dla postępowania, opublikowanym w dniu 09.12.2016 r. w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 238 – 434085 w sekcji I zatytułowanej „Podmiot zamawiający" w pkt I.1. został wskazany P. D. Spółka Akcyjna Oddział (…) z siedzibą w (…). Zatem wykonawcy mogli mieć uzasadnione wątpliwości jak powinna być sformułowana treść gwarancji wadialnej, w szczególności który podmiot de facto jest zamawiającym w ramach prowadzonego postępowania.

Po trzecie zaś Izba za najistotniejszy argument uznała przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci pisma wystawcy gwarancji (I. B. Ś. S.A., ul. (…)) z dnia 31.03.2017 r., w którym wskazano, (…) że *w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium wskazanych w Gwarancji – Zamawiający, tj. P. D. Spółka Akcyjna z siedzibą w., KRS: (…) będzie mógł na podstawie dokumentu Gwarancji skutecznie dochodzić wynikających z Gwarancji roszczeń wobec Gwaranta.* Okoliczność ta potwierdza, że wniesiona przez Odwołującego gwarancja wadialna jest skuteczna i w wystarczający sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego. Mając zatem 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 ustawy Pzp. Już tylko ta okoliczność przesądza o zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nadto jak słusznie wskazał w uzasadnieniu odwołania Odwołujący w treści gwarancji bankowej jako Beneficjent gwarancji

prawidłowo wskazany został Zamawiający - tj. spółka P. D. S.A. Okoliczność ta pozwalała bowiem na prawidłową identyfikację właściwego podmiotu nawet jeżeli w dalsze części komparycji wskazano oddział (…) oraz jego dane adresowe.

Następnie Izba wskazuje, że w kontekście postawionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny podzieliła również argumentację Odwołującego co do możliwości dokonania wykładni zawartego w treści gwarancji bankowej nr (…) z dnia 10.01.2017 r. oświadczenia woli. W tym zakresie Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie podziela w całej rozciągłości argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. wydanego w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 883/11.

W powyższym wyroku Izba zwróciła uwagę na znaczenie jakie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony wskazała na dążenie do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

W ocenie Izby w sprawie KIO 883/11: *Jest to między innymi efekt spostrzeżenia,* że *osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie.*

Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast, w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny.

W ocenie Izby zgodzić bowiem należy z poglądem, iż *odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli. Uwzględnienie celu umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt jego wyartykułowania przez wystawcę gwarancji (gwaranta) w komparycji gwarancji, w sytuacji, gdy strony nie miały wątpliwości, jakiego podmiotu ma dotyczyć ochrona, tym bardziej,* że *istota i sens udzielenia gwarancji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jasny, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione.*

Nieuprawionym jest pominięcie rzeczonego kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym postępowaniu. Nadto, odwołanie się przez gwaranta do beneficjenta, jako

podmiotu, który ogłosił i prowadzi wskazane w treści gwarancji postępowanie, któremu oferent złoży ofertę i na rzecz którego gwarant zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną pozwala na przyjęcie, przy uwzględnieniu kontekstu językowego, iż oznaczone jako beneficjent oddział przedsiębiorstwa nie jest podmiotem tożsamym z beneficjentem, o którym mowa w treści gwarancji, iż prowadzi postępowanie i któremu złożono ofertę. Wynikające stąd sprzeczność i w istocie brak tożsamości pomiędzy tymi podmiotami, jakkolwiek nie występuje w ujęciu literalnym, podlega usunięciu w drodze wykładni, jednakowoż bowiem jest nie do pogodzenia, przy uwzględnieniu celu umowy i profesjonalnego charakteru podmiotu ubezpieczyciela, zobowiązanego do zachowania należytej staranności i obarczonego skutkami jej niezachowania w sytuacji, w której intencje drugiej strony umowy nie budzą wątpliwości (prawidłowe zabezpieczenie Zamawiającego).

Przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni

oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (wyrok SN z dnia 4.06.2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, niepubl.). W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującemu i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem.

Izba podzieliła również argumentację Odwołującego podniesioną na rozprawie, że działanie oddziału w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zbliżone do pełnomocnictwa – a zatem stosuje się tu przepisy dotyczące zlecenia, gdzie zleceniobiorca jest zobligowany do zwrócenia zleceniodawcy wszystkiego, co uzyskał realizując na jego rzecz określone czynności, tym samym wniesione wadium zostało określone i uregulowane w prawidłowy sposób. Jak bowiem wynika z przepisów prawa cywilnego umowa zlecenia (zlecenie) w pierwotnym jego znaczeniu było stosowane do realizacji czynność natury prawnej – jak ma to miejsce w ramach niniejszego stanu faktycznego (prowadzenie postępowania przez oddział przedsiębiorcy w imieniu i na rzecz przedsiębiorstwa głównego).

Za nietrafne należy uznać argumenty Zamawiającego co do zdolności sądowej i procesowej oraz legitymacji czynnej w procesie (w tym odniesienie do klauzuli prorogacyjnej). Oczywistym jest, iż ewentualną legitymację czynną do występowania w procesie posiada przedsiębiorca a nie jego oddział - i na wypadek sporu tak należałoby oznaczyć powoda. Zaś, o uwzględnieniu lub oddaleniu powództwa sąd rozstrzygnąłby w

wyniku ustalenia, kto jest uprawnionym z tytułu gwarancji, a przesądzenie tej kwestii nie ogranicza się jedynie do analizy literalnej treści przedmiotowej gwarancji, ale rodzi konieczność sięgnięcia do reguł wykładni, o których była mowa wyżej (wyrok SN z dnia 16.12.2009 r., sygn. akt I CSK 281/09, Lex).

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż jeśli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do podmiotowej ochrony, wynikającej z treści spornej gwarancji, miał możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zaniechanie w tym względzie w żadnym razie nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż brak było podstaw do żądania wyjaśnień, bowiem treść gwarancji nie budziła wątpliwości i dodatkowo, że nie stanowi ona treści oferty. Konieczność wniesienia wadium staje się w tym wypadku warunkiem *sine qua non* ważności samej oferty – w szczególności przy uwzględnieniu okoliczności, że w wyniku ostatniej nowelizacji brak wadium skutkuje jej odrzuceniem, a nie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zatem aby uchronić się przed takimi konsekwencjami (tj. wyeliminowaniem oferty z postępowania) Zamawiający winien podjąć kroki służące swego rodzaju konwalidacji czynności złożenia oferty – tak jak ma obowiązek tego dokonać w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp.

Brak podstaw do uznania, iż Odwołujący nie wniósł wadium powoduje, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za wadliwą, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. znajduje uzasadnienie. Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.), zwanej dalej również „kc" w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp – jako zarzuty powiązane z zarzutem podstawowym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień

18

---

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……

19

20