

WYROK

z dnia 26 maja 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2020 roku przez Wykonawcę: J. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EL-MOT J. Z. w Tuszynie (ul. Rzgowska 19, 95-080 Tuszyn) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu (Ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU MATEO (Ustronie, ul. Ozorkowska 39 95-073

Grotniki) - Lider, (2) M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MARWIS M.

W. (Piaski Bankowe 2, 99-423 Bielawy), (3) B. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRO- BART B. B. (ul. Księcia Władysława Opolczyka 21B lok. 12, 92-417 Łódź)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 641/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża J. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

EL-MOT J. Z. w Tuszynie (ul. Rzgowska 19, 95-080 Tuszyn) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10. 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez J. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EL-MOT J. Z. w Tuszynie (ul. Rzgowska 19, 95-080 Tuszyn) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest remont budynku nr 2 zlokalizowanego w kompleksie wojskowym w Łodzi - Zadanie nr 1 oraz remont budynku nr 50 zlokalizowanego w kompleksie wojskowym w Regnach - Zadanie 2. Numer referencyjny: 331ZP120 (zwane dalej „Postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod numerem 510717-N-2020 z dnia 2020-02-10 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 24 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J. Z. prowadzący działalność gospodarczą jako EL-MOT J. Z. (dalej jako Odwołujący) wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie Zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i przyjęcie, iż wadium złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas, gdy zamawiający dysponował skutecznym zobowiązaniem gwaranta,
- 2) Art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego poprzez niezastosowanie i odwołanie się jedynie do treści części gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z pominięciem znaczenia całościowego dokumentu gwarancji i faktycznego zweryfikowania możliwości wypłaty, w razie ziszczenia przesłanek ustawowych zatrzymania wadium. Dodatkowo także uznanie, iż oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta: EL — Mot zamiast 31 WOG, czyni niemożliwym skuteczne zrealizowanie roszczeń Zamawiającego wobec Gwaranta,
- 3) 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.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu znajdującą się na pierwszej pozycji w rankingu punktacji przyznanej ofertom. Wskutek naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, co spowodowało, iż Odwołujący utracił możliwość zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem może on ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia — zysku w kalkulowanym w cenę oraz referencji. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z Ustawą, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą ofertę, co skutkowałoby udzieleniem Odwołującemu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, co wprost

wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący twierdzi, że istota sporu opiera się na weryfikacji i ocenie wniesionego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wadium, w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zamawiający, zgodnie z zapisami Rozdziału VIII SMWZ wymagał wniesienia wadium w wysokości 100.000 zł w przewidzianych ustawą formach.

Zamawiający wskazał, iż w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź — oryginał dokumentu został złożony w oddzielnej kopercie, a jego kopia w ofercie trwale z nią złączona, zaś z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Poza powyższym żądaniem, Zamawiający nie wskazał żadnych szczegółowych wymagań dotyczących wadium składanego w formie gwarancji czy poręczenia, w szczególności nie dookreślił jakie inne zapisy, elementy czy oznaczenia winna gwarancja zawierać.

Odwołujący złożył w prowadzonym postępowaniu ofertę, która uzyskała największą liczbę punktów (100 pkt) biorąc pod uwagę przewidziane kryteria oceny ofert (cena 60%, termin realizacji 20%, okres gwarancji 20%), a także ofertę najkorzystniejszą cenowo: cena oferty Odwołującego wynosi 6.311.728,49 zł, kolejne oferty wynoszą odpowiednio: 6.953.209,55 zł, 7.245.861,70 zł, 7.607.787,33 zł i najdroższa: 9.099.899,34 zł.

Zamawiający w dniu 3 marca 2020 r. poinformował Wykonawców o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, natomiast 5 marca 2020 r. unieważniono czynność wyboru, argumentując iż przyczyną unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest przypuszczenie dokonania jej z naruszeniem przepisów Pzp.

Pismem z dnia 19 marca 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium.

Odwołujący wskazuje, że zabezpieczył ofertę wadium wniesionym w formie gwarancji ubezpieczeniowej o numerze 02GG11/0246/20/0010, wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group. Wadium opiewa na wymaganą kwotę i obejmuje pełen okres związania ofertą.

Omyłkowo w treści gwarancji wskazano, iż jest wystawiona dla: EI — MOT J. Z., zwany dalej „Beneficjentem gwarancji”.

Natomiast w pozostałym zakresie ubezpieczyciel wskazał, iż gwarancja wystawiona jest na wniosek Odwołującego, gwarantując nieodwołalnie i bezwarunkowo na każde pisemne żądanie zapłatę kwoty 100.000 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem przesłanek ustawowych, wymienionych w treści gwarancji.

Przedłożona wraz z ofertą gwarancja zawiera oznaczenie Odwołującego jako Beneficjenta gwarancji, jednak powyższe nie stoi na przeszkodzie i nie uniemożliwia wypłaty wadium i również nie powoduje, iż Zamawiający nie może skutecznie zabezpieczyć się z gwarancji.

Odwołujący w dniu 9 marca 2020 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia oraz sprostowanie gwarancji, w której ubezpieczyciel oświadczył, iż wystąpiła oczywista omyłka przy generowaniu treści gwarancji i wystawił dokument o następującej treści:

„W związku z oczywistą omyłką przy generowaniu treści gwarancji 02GG11/0246/20/0010 z dnia 20.02.2020r. polegającą na błędnym wskazaniu jako Beneficjenta gwarancji Zobowiązanego z gwarancji, korekcie ulega treść gwarancji 02GG11/0246/20/0010 i uzyskuje właściwe brzmienie: zgodnie z wnioskiem Zobowiązanego i wymogiem postępowania nr 331ZP120: UBEZPIECZENIOWA GWARANCJA ZAPŁATY WADIUM Nr 02GG11/0246/20/0010 Dla: 31 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY

ul. KONSTANTYNOWSKA 85, 95-100 ZGIERZ zwanego dalej "Beneficjentem gwarancji" z tytułu wadium w przetargu na: Zadanie 1 Remont budynku nr 2 zlokalizowanego w kompleksie wojskowym w Łodzi (pozostała treść tożsama z pierwotnie złożoną gwarancją)".

Zaistniała omyłka nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, ponieważ pomimo jej zaistnienia Zamawiający będzie miał rzeczywistą możliwość zaspokojenia się z wystawionej gwarancji, co potwierdza stanowisko

Ubezpieczyciela wyrażone w sprostowanej gwarancji. Tylko w przypadku, gdyby tej możliwości Zamawiający nie miał, zaistniałyby przesłanki odrzucenia oferty (Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KU/245/10).

Problematyka błędnie oznaczonego beneficjenta gwarancji była wielokrotnie podejmowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy mieć jednak na uwadze, iż odnoszono się do przypadków wskazania zupełnie innego beneficjenta niż wymagany, nieprawidłowej formy prawnej beneficjenta lub podmiotów nieistniejących. W niniejszym przypadku mamy do czynienia z oczywistą omyłką w złożonej gwarancji. Irracjonalne i niedorzeczne jest wnioskować, iż na podstawie zapisów z gwarancji Wykonawca byłby uprawniony do zatrzymania sobie samemu wadium.

W gwarancji jednoznacznie wskazano wnioskującego i wszystkie wymienione przesłanki zatrzymania wadium odnoszą się do zobowiązanego. Nie jest możliwym, żeby wykonawca sam sobie zatrzymał wadium w sytuacji odmowy zawarcia umowy czy niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tak oczywista omyłka winna prowadzić do przeprowadzenia wykładni przedłożonej gwarancji i oceny faktycznej możliwości zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa podlegają wykładni oświadczeń woli w nich zawartych nie tylko na podstawie przepisu art. 65 § 1, ale i 65 § 2 Kc.

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 współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...) Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta) 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 od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy”.

Z kolei w Innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy Pzp i art. 65 k.c. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna (...) (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 współzycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretację w ramach regulujących przepisów. (KIO/UZP 1401/09).

Należy mieć na uwadze, iż gwarancja została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści.

Wystawiający gwarancję zobowiązał się do zapłaty sumy gwarantowanej 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 Zamawiającego, który rzeczywiście, jako jedyny może być podmiotem praw i obowiązków z niej wynikających. Nie jest możliwe, aby o wypłatę wadium wystąpił Wykonawca omyłkowo wskazany jako beneficjent. Wszelkie okoliczności wskazane w gwarancji odnoszą się wyłącznie do Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, wniesione w postaci gwarancji bankowej wadium spełnia wszystkie wymagania wynikające z ustawy Pzp i zapisów SIWZ, tj.:

- zostało wniesione w wysokości określonej przez Zamawiającego,
- zostało wniesione przed upływem terminu do składania ofert,

- obejmuje cały okres związania ofertą,
- zawiera zobowiązania gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej, na pierwsze żądanie, wypłaty 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;

dodatkowo:

- wskazuje wnioskującego o wystawienie: EL — MOT J. Z.,
- wskazuje zobowiązanego: EL — MOT J. Z. .

Jeżeli gwarancja wskazuje jednoznacznie wnioskującego i zobowiązanego i w obu przypadkach jest to wykonawca, to niemożliwe jest przyjęcie, iż beneficjentem gwarancji jest również wykonawca. Należy mieć również na uwadze, iż "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 instrukcyjne (KIO 881/11). Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), podkreślił, 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 sprawie błędnego oznaczenia gwaranta wypowiedziała się również Izba w wyroku KIO/UZP 968/09 KIO/UZP 976/09, gdzie stwierdzono, iż błędne oznaczenie beneficjenta 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. Izba podkreśliła, iż wystawiający gwarancję działa w oparciu o przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, więc w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż gwarant wystawia gwarancję w dobrej wierze, tzn. zobowiązuje się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności.

Dla podmiotu działającego od wielu lat na rynku ubezpieczeń, wystawiającego setki gwarancji bankowych każdego miesiąca absolutnie niedopuszczalne i nielogiczne byłoby przyjęcie, że wnioskujący, zobowiązany i beneficjent to jeden i ten sam podmiot. Z treści gwarancji wynika również, iż to wykonawca bierze udział w postępowaniu przetargowym, a nie on takowego udziela, nie może być więc oznaczony skutecznie jako beneficjent. Dokonując wykładni dokumentu można dojść do jedynie słusznych wniosków, iż zobowiązanym jest wykonawca, zaś beneficjentem jest podmiot prowadzący postępowanie na zadanie nr 1 tj. Remont budynku nr 2 zlokalizowanego w kompleksie wojskowym w Łodzi. Nie ma w Polsce drugiego identycznie nazwanego postępowania prowadzonego na ten przedmiot zamówienia i to jeszcze w Łodzi. Faktem notoryjnym jest więc kto jest Zamawiającym i oczywistym też, że w świetle uprawnień wynikających z gwarancji to Zamawiający jest beneficjentem gwarancji. Treść, kompozycja gwarancji jednoznacznie wskazuje na wolę wypłaty wadium Zamawiającemu, natomiast omyłka pisarska powstała poprzez niezamierzone wskazanie niewłaściwego rekordu w bazie danych systemu InterRisk służącego do generowania gwarancji wadialnych.

Wobec powyższego, wystawca gwarancji — ubezpieczyciel InterRisk nie będzie miał żadnych podstaw do uchylenia się od zapłaty kwoty gwarantowanej, tym bardziej, iż dokonał sprostowania gwarancji i uznano, nastąpiła omyłka w oznaczeniu beneficjenta gwarancji. Dokonywanie wykładni gwarancji wadialnych jest w pełni respektowane w orzecznictwie KIO. W wyroku KIO 1170/16, 1172/16, 1173/16 stwierdzono, iż sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia. Interpretacja przedłożonej gwarancji nie pozostawia wątpliwości, iż niemożliwym jest uznanie jako beneficjenta gwarancji wykonawcy, który jest wnioskodawcą i zobowiązanym.

Sąd Najwyższy również wywodzi, 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2014 r. IV CSK 716/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2012 r. 111 CSK247/11).

Jednocześnie, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek 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. W wyroku KIO 632/17 Izba podkreśliła, iż jakiegokolwiek wątpliwości co do podmiotowej ochrony, wynikającej z treści spornej gwarancji podlegają wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Stwierdzono, iż „Zamawiający miał możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. 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”.

W ocenie Izby, 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, nie może prowadzić do wniosku, iż wadium nie zostało wniesione. Dalej w wyroku Izba wywodzi, iż nieuprawione było też zdaniem KIO pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że umowa gwarancji (gwarancja wadialna nie jest jednostronnym oświadczeniem woli, ale umową) została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia zamawiającemu w konkretnym postępowaniu. 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 4 czerwca 2003 r., sygn. akt 1 KKN 473/01, niepubl.).

W kontekście nieprawidłowego oznaczenia beneficjenta za najistotniejszy argument Izba uznała dowód w postaci pisma wystawcy gwarancji (...), w którym wskazano, (...) że w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium wskazanych w gwarancji — zamawiający, 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.

Oceniając prawidłowość wniesionego wadium należy wziąć również pod uwagę specyfikę gwarancji ubezpieczeniowych, regulowanych art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Istotne jest, że ustawa o działalności ubezpieczeniowej nie określa formy ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja wystawiana jest na zlecenie wykonawcy, które następnie inicjuje czynność złożenia oświadczenia woli ustanowienia gwarancji przez zakład ubezpieczeń jej beneficjentowi.

Zgodnie z opinią UZP zasadne jest jednak, aby gwarancja przybrała formę materialną (opinia UZP: Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.). Niemniej jednak, w przeciwieństwie do gwarancji bankowych, gwarancje ubezpieczeniowe nie zostały poddane restrykcjom co do ich formy. Powyższe również stanowi argument uznania złożonej przez wykonawcę gwarancji. Skoro przepisy prawa nie dookreślają formy dokumentu, a z treści gwarancji wynika możliwość zaspokojenia roszczeń Zamawiającego, tym bardziej należy uznać skuteczne zabezpieczenie interesu Zamawiającego.

Na zakończenie Odwołujący zwraca uwagę, iż wszystkie przytoczone w uzasadnieniu odrzucenia oferty orzeczenia KIO dotyczą wadliwości dokumentów wadialnych

odnoszących się do terminu, prawidłowości podpisu, nie dotyczą zaś oczywistej omyłki jak w niniejszym przypadku.

Reasumując, Odwołujący podkreśla, że treść gwarancji ubezpieczeniowej została przez Zamawiającego błędnie zinterpretowana. Prawidłowa wykładnia całości treści gwarancji ubezpieczeniowej prowadzi do wniosku, że gwarancja ta w sposób prawidłowy

zabezpieczenia Zamawiającego, który jest beneficjentem tej gwarancji.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Do postępowania odwoławczego, dnia 26 marca 2020 zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (1) Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU MATEO (Ustronie, ul. Ozorkowska 39, 95-073 Grotniki) - Lider, (2) M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MARWIS M. W., (Piaski Bankowe 2, 99-423 Bielawy), (3) B. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRO- BART B. B., (ul. Księcia Władysława Opolczyka 21B lok. 12, 92-417 Łódź) (dalej jako Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co

następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 marca 2020 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 19 marca 2020 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp Kopia przystąpienia została przekazana

Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 są chybione.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ) Rozdział VIII Zamawiający wymagał wniesienia w postępowaniu wadium.

1. (...)

2. Wadium może być wniesione w:

- 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 2019 r. poz. 310 ze.zm.).

(.)

6. Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP.

7. Oferta wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wadium w postaci Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium o Nr 02GG11/0246/20/0010, w której jako Beneficjent został wskazany EL-MOT J. Z. ul. Rzgowska 19 95-080 Tuszyn, a nie Zamawiający. Stanowiło to podstawę do uznania przez Zamawiającego, iż została spełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, tj. wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Przepis ten nakłada na Zamawiającego jednoznaczny obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zabezpieczył jej za pomocą wadium w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą oraz z zapisami SIWZ.

Twierdzenie Odwołującego, z którego wynika że wniesione wadium spełnia wszystkie wymagania wynikające z ustawy Pzp i zapisów SIWZ, tj.: (...) „zawiera zobowiązania gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej, na pierwsze żądanie, wypłaty Zamawiającemu oznaczonej kwoty pieniężnej odpowiadającej wysokości ustalonego wadium” nie znajduje potwierdzenia w treści złożonej gwarancji. W żadnym bowiem miejscu w treści gwarancji, nie został ujęty i wskazany Zamawiający. Gwarancja nie posługuje się zwrotem „Zamawiający” ani - co istotne- nie wskazuje jaki podmiot należy rozumieć pod pojęciem „Zamawiający”. Ponadto, w treści gwarancji, jako „Beneficjen Gwarancji” został wskazany wykonawca EL-MOT J. Z. ul. Rzgowska 19 95-080 Tuszyn, co jednoznacznie potwierdza, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie została wystawiona na Zamawiającego, lecz na inny podmiot.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą wskazanie jako Beneficjenta Gwarancji innego podmiotu niż Zamawiający należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08, LEX nr 621204) określono, że: Błąd pisarski to »widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.«. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.

Z kolei w jednym z wyroków KIO określono, że o omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką. Co istotne, zarówno omyłki pisarskie, jak i rachunkowe muszą cechować się oczywistością. Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność. (por. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Aktualny s. 562-563) (por. wyrok KIO 1926/20 z 14 października 2019 r.)

W świetle powyższego, wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej jako Beneficjenta innego podmiotu niż Zamawiający nie może zostać uznane za oczywistą omyłkę pisarską.

Oceniając powyższy dokument w świetle zapisów Ustawy Pzp oraz zapisów SIWZ należy stwierdzić, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie stanowiła zobowiązania Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu - 31 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu z

siedzibą w Zgierzu kwoty wadium. Brak wskazania w jej treści Zamawiającego jako podmiotu uprawnionego z gwarancji, (wbrew twierdzeniom Odwołującego) słusznie powodowało brak pewności Zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia roszczeń wynikających z wadium. Wskazuje to również, iż nie została spełniona podstawowa, zabezpieczająca funkcja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodać należy, że tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.). Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca).

Odnosząc się do zapisów SIWZ dotyczących wadium, wskazać należy, że w tym zakresie wymóg był jednoznaczny. Zamawiający określił jakie elementy winny wynikać z treści gwarancji, z zastrzeżeniem, iż brak wniesienia wadium lub wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W ocenie Izby, czynność Zamawiającego była prawidłowa, bowiem treść powyższej gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako wadium w przedmiotowym postępowaniu, nie dawała możliwości uznania jej za prawidłowo wniesione wadium. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że zaistniała bezwzględna przesłanka wskazana w art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp skutkująca koniecznością odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia 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, Izba wskazuje, że podzieliła ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowanymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia (KIO/UZP 202/09) i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadialnego omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Dodać należy, że wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą stanowić błędnej gwarancji ubezpieczeniowej - jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 868/08, nie ma w Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień gwaranta (wyrok KIO z 23 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1180/10). Dodatkowe dokumenty zawierające treść zmian gwarancji wadialnej dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert. Samo wadium musi bowiem zostać wniesione - poprawnie - przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia wymagań wynikających z obowiązujących przepisów oraz treści SIWZ. Wskazanie w treści gwarancji jako jej beneficjenta, czyli podmiot, na rzecz którego zostanie spełnione świadczenie z gwarancji, innego podmiotu niż Zamawiający, czyni wątpliwym uzyskanie środków z gwarancji przez Zamawiającego. Taka treść gwarancji stwarza ryzyko, że gwarant odmówi wypłaty środków z gwarancji na rzecz Zamawiającego ze względu na złożenie wniosku o wypłatę przez inny podmiot niż beneficjent wskazany w treści gwarancji.

Podkreślić należy, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez KIO. Wobec rygorystycznego traktowania przez ustawę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę (por. wyrok KIO 2023/17 z 13 października 2017 r.)

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że gwarancja zawierająca błędnie oznaczonego Beneficjenta gwarancji wadialnej, powinna być uznana za prawidłową na podstawie art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, nakazującego interpretację oświadczeń woli z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów oraz zgodnie z zamiarem stron i celem umowy a nie opieraniem się na dosłownym brzmieniu. Interpretacja taka nie może być stosowana wbrew rygorom wprowadzonym ustawą Pzp.

Izba odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu orzeczeń wskazuje, że zapadły one w innych, odmiennych od rozpoznawanego stanach faktycznym, zatem ustalenia w nich zapadłe nie znajdują zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....