Sygn. akt: KIO 2023/17

WYROK
z dnia 13 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2017 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2017 r. przez wykonawcę **Z. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.P.H.U. W.-M. Z. W., (…),** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wierzbica, (…).**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 949 zł 53 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrot kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodnicząca: ……

UZASADNIENIE

Gmina Wierzbica (dalej zwana: „Zamawiającym"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j.: Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm., zwanej dalej jako: „Pzp" lub „ustawa") na „Budowę *kanalizacji sanitarnej w ramach Aglomeracji W. dla m. B., B.(2), K., S."* znak postępowania: Bd.ZP.271.5.20171.

W dniu 22 września 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę Z. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.P.H.U. „W.-M." Z. W. (dalej: „Odwołujący"), o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy. Uzasadniając powyższą czynność, Zamawiający wskazał, że załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie dotyczy Zamawiającego, lecz została wystawiona na inny podmiot.

Odwołujący wniósł odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, zarzucając:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez przyjęcie, iż wadium złożone przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas gdy zamawiający dysponował skutecznym zobowiązaniem gwaranta na swoją rzecz,

2) naruszenie art. 14 ust. 1 Pzp w związku z art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego poprzez odwołanie się jedynie do treści części gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium podczas interpretacji znaczenia złożonego dokumentu gwarancji.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący stwierdził, że treść gwarancji ubezpieczeniowej została przez Zamawiającego błędnie zinterpretowana. Zarzucił, że

zamawiający nie dokonał wykładni gwarancji. Odwołujący podnosi, że prawidłowa wykładnia całości treści gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez T. T. U. W. z siedzibą w W.(2) prowadzi do wniosku, że gwarancja ta w sposób prawidłowy zabezpieczenia Zamawiającego, który jest beneficjentem tej gwarancji. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO oraz SN, potwierdzające, iż możliwa jest wykładnia treści gwarancji wadialnej.

Do odwołania załączył zaświadczenia wydane przez T. U.: „Na *gwarancji nr 1502/LU/864/2017 dotyczącej przetargu o numerze Bd.ZP.271.5.2017 na realizację zadania pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej w ramach Aglomeracji W. dla m. B., B.(2), K., S." omyłkowo został wpisany Beneficjent Gmina Biała Podlaska z siedzibą: (…). Prawidłowy*

---

zapis powinien brzmieć: Beneficjent Gmina Wierzbica, (…). Pozostałe warunki pozostają bez zmian. W przypadku gdy Gmina Wierzbica zwróci się z żądaniem wypłaty środków na podstawie gwarancji wadialnej nr 1502/LU/864/2017, środki te zostaną wypłacone zgodnie z warunkami gwarancji uwzględniając sprostowana treść".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, podtrzymując stanowisko, iż złożona przez Odwołującego wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa nie uprawnia Zamawiającego, w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, do skutecznego żądania wypłaty środków z tej gwarancji. Na tej podstawie, Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poniesie szkodę.

Na podstawie dokumentacji przetargowej Izba ustaliła, że w prowadzonym postępowaniu, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 80.000 zł, w formach określonych w art. 45 ust. 6 Pzp. Jednocześnie w rozdziale 6 pkt 6.6.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku składania wadium w formie niepieniężnej, treść gwarancji lub poręczenia powinna m.in. zawierać nazwę beneficjenta gwarancji i poręczenia (Zamawiającego) oraz wskazanie jego siedziby.

Odwołujący, złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez T. T. U. W. z/s w W.(2), w której jako Beneficjenta gwarancji wskazano Gminę Biała Podlaska z siedzibą: (…). Jednocześnie w treści gwarancji wskazano, że kwota nią objęta zostanie wypłacona na żądanie Beneficjenta, sporządzone w formie pisemnej i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Beneficjenta.

Odwołujący twierdził, że pomimo, błędnego oznaczenia beneficjenta, to jednak beneficjentem gwarancji była Gmina Wierzbica. Powyższe wynikało, z faktu iż:

1) gwarancja została wystawiona na zlecenie odwołującego „w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem na realizację zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w ramach Aglomeracji Wierzbica dla m. B., B.(2), K., S.".

---

2) nazwa postępowania bez żadnych wątpliwości wskazuje na zamawiającego - Gminę Wierzbica, gdyż nie tylko jest dokładnym powtórzeniem nazwy postępowania prowadzonego przez Gminę Wierzbica, ale również wymienia miejscowości na terenie tej Gminy, które nie występują w innych miejscach Polski. Tym samym oczywiste jest (i było dla zamawiającego w momencie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego), iż gwarancja ubezpieczeniowa dotyczy przedmiotowego postępowania.

3) znak postępowania wskazany w gwarancji wadialnej jest tożsamy z tym, którym oznaczone jest przedmiotowe postępowanie.

4) treść gwarancji ubezpieczeniowej stanowi: „Zgodnie z warunkami przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium w wysokości 80.000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt tysięcy 00/100 złotych)". Jest to wysokość wadium żądana w pkt 6.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego postępowania.

5) w pkt 6. gwarancji ubezpieczeniowej wskazano: „Niniejsza gwarancja ważna jest od 14 września 2017 roku do 14 października 2017 roku." Jest to okres od terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (14.09.2017 r. godz. 10:30) do upływu terminu związania ofertą.

Odwołujący twierdził, że powyższe okoliczności wskazują na to, iż gwarancja wadialna miała zabezpieczać ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Mając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że bezsporna w sprawie jest kwestia, iż gwarancja wadialna została wystawiona na inny podmiot niż Zamawiający. Rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy złożenie takiej gwarancji wraz z ofertą uzasadniało odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oferty Odwołującego, czy też Zamawiający miał obowiązek, jak tego domagał się Odwołujący, przeprowadzenia rzetelnej interpretacji tekstu gwarancji a nie tylko odczytania jej przez pryzmat jednego fragmentu i uznania treści gwarancji za jasną, w konsekwencji czego ustaliłby, iż oferta Odwołującego została prawidłowo zabezpieczona wadium. 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).

W ocenie Izby czynność Zamawiającego była prawidłowa. Izba 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 doprecyzowującymi 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 omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 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, 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.

Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować 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 23.06.2010 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 mogę 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.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że gwarancja zawierająca błędnie oznaczonego beneficjenta gwarancji wadialnej, powinna być uznana za prawidłową na podstawie art. 65 Kodeksu cywilnego, nakazującego interpretację oświadczeń woli z uwzględnieniem okoliczności, w których złożone zostało, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Interpretacja taka nie może być stosowana wbrew rygorom wprowadzonym ustawą Pzp.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 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) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Przewodniczący: ……...