

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę Wnortex sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 1/H; 11-001 Dywity, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, ul. Mickiewicza 9, 83-200 Starogard Gdański,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, ul. Mickiewicza 9, 83-200 Starogard Gdański i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wnortex sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 1/H; 11-001 Dywity, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, ul. Mickiewicza 9, 83-200 Starogard Gdański na rzecz wykonawcy Wnortex sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 1/H; 11-001 Dywity kwotę 13 899 zł 20 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych, dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont chodników w ciągu dróg powiatowych 2719G i 2707G z podziałem na dwie części: Część 1 - Remont chodnika w ciągu drogi powiatowej nr 2719G w miejscowości Pączewo; Część 2 - Remont chodnika w ciągu drogi powiatowej nr 2707G w miejscowości Linowiec”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 24 stycznia 2022 r., pod nr 2022/BZP 00032270/01.

Dnia 14 lutego 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 lutego 2022 roku, wykonawca Wnortex sp. z o.o. z siedziba w Dywitach (dalej

„Odwołujący”) wniósł odwołanie (w zakresie części 1 zamówienia) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w części 1 postępowania,

2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy (...), jako oferty najkorzystniejszej,

a nadto, z daleko posuniętej ostrożności, od:

3) zaniechania zamawiającego polegającego na braku skierowania do odwołującego żądania wyjaśnień dotyczących treści gwarancji wadialnej przedłożonej przez odwołującego, tj. czy przy oznaczeniu jako beneficjenta Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim, a zatem jednostki budżetowej Powiatu Starogardzkiego niemającej zdolności prawnej, w przypadku ziszczenia się przesłanek stanowiących podstawę do skorzystania z zabezpieczenia wadialnego, gwarant wypłaci kwotę gwarancji:

a) na rachunek bankowy wskazany w żądaniu zapłaty skierowanej do gwaranta przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim (bez oznaczenia Powiatowego Zarządu Dróg jako reprezentanta Powiatu Starogardzkiego),

b) na rachunek bankowy wskazany w żądaniu zapłaty skierowanej do gwaranta przez Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim (Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim jako statio fisci Powiatu Starogardzkiego).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie

i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy gwarancja wadialna

wniesiona przez odwołującego należycie zabezpieczała jego ofertę, w szczególności uprawniała zamawiającego do skorzystania z zabezpieczenia wadialnego w przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 98 ust. 6 pkt 1-3 ustawy Pzp,

2. 65 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: Kodeks cywilny) i art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (dalej: ustawa o działalności ubezpieczeniowej) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 266 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że gwarancja wadialna wniesiona przez odwołującego nie zabezpieczała należycie jego oferty, w sytuacji gdy gwarancja wadialna stanowi umowę zawieraną pomiędzy zlecającym (w stanie faktycznym: odwołujący) a gwarantem (w stanie faktycznym: InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group) i której interpretacja powinna zostać dokonana w sposób zgodny z zamiarem stron i celem umowy oraz w sposób wynikający z okoliczności, w których umowa została zawarta, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów,

3. art. 128 ust. 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji niewezwanie odwołującego do wyjaśnień treści gwarancji wadialnej, w sytuacji gdy zamawiający nie mógł mieć pewności, że nie będzie mógł realizować uprawnień wynikających z przedłożonej przez odwołującego gwarancji wadialnej, jeśli

wystąpi do gwaranta z żądaniem zapłaty kwoty gwarancji, jako podmiot niemający zdolności sądowej (żądanie skierowane do gwaranta przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim) lub jako reprezentant Powiatu Starogardzkiego (żądanie skierowane do gwaranta przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim działającym jako statio fisci Powiatu Starogardzkiego).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1) nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c. ponowną ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

W części 1 postępowania zostały złożone 3 oferty:

- odwołującego (Wnortex Sp. z o.o.) z ceną ofertową 215.250,00 złotych brutto,
- wykonawcy (K. D. - „Firma KA-Trans K. D.”) z ceną ofertową 260.452,50 złotych brutto,
- A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Roboty Ziemne i Drogowe A. T.” z głównym miejscem wykonywania działalności w Borzechowie z ceną ofertową 419.90,00 złotych brutto.

Równocześnie, wszyscy wykonawcy zadeklarowali 60-miesięczny okres gwarancji i wskazali 8 tygodni jako okres wykonania przedmiotu zamówienia.

Gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, otrzymałaby łącznie 100 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, a zatem byłaby ofertą najwyższej ocenioną. To z kolei obligowałoby zamawiającego do wezwania odwołującego do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych postanowieniami SWZ, dając tym samym odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (w obu częściach), z powołaniem na art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący nie wniósł w skuteczny sposób wadium w postaci gwarancji wadialnej, nie zamieszczając zgodnie z rozdziałem XVI ust. 5 pkt. 6 SWZ informacji o beneficjencie gwarancji.

Nieprawidłowość odrzucenia oferty odwołującego a. Istota sporu

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia:

1) czy wniesienie przez odwołującego gwarancji wadialnej, w której jako jej beneficjent został wskazany Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, tj. zamawiający w postępowaniu, jest wadliwe z uwagi na wymóg postawiony przez zamawiającego w rozdziale XVI ust. 5 pkt. 6 SWZ, tj. wymóg wskazania w charakterze beneficjenta gwarancji Powiatu Starogardzkiego, reprezentowanego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim,

a w przypadku, gdy odpowiedź na pytanie 1) będzie twierdząca, nadto:

2) czy wniesienie przez odwołującego gwarancji wadialnej, w której jako beneficjent gwarancji został wskazany Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, powoduje jej wadliwość uniemożliwiającą zaspokojenie ewentualnych roszczeń z gwarancji wadialnej przez Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim.

Odwołujący wskazał, iż instytucja wadium określona w art. 704 § 1 Kodeksu cywilnego ma służyć zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu. W takim znaczeniu wadium zostało transponowane do przepisów Pzp. Wadium ma zatem zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować wykonawców, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym oraz przeciwdziałać wypaczeniu procedury zamówieniowej (funkcje: zabezpieczająca, sankcyjna i dyscyplinująca). O prawidłowym zabezpieczeniu wadium można zatem mówić wówczas, gdy w przypadkach określonych w Pzp, zamawiający rzeczywiście otrzyma kwotę wadium.

Status prawny Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim.

Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim jest jednostką budżetową Powiatu Starogardzkiego, utworzoną na podstawie ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym i uchwały nr VI/21/99 Rady Powiatu Starogardzkiego z dnia 25 lutego 1999 roku w sprawie powołania powiatowych jednostek budżetowych (dowód: Statut - dostępny pod adresem mailowym: <http://nbip.pl/pzdstg/i/?i=20637>, (zakładka „Akty prawne”, podzakładka „Statut” na stronie BIP Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim).

Zgodnie z art. 11 ust. 1-3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych, jednostka budżetowa jest jednostką organizacyjną sektora finansów publicznych nieposiadającą osobowości prawnej, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek - odpowiednio - dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Mając na uwadze brzmienie art. 11 ust. 1-3 ustawy o finansach publicznych, jednostka budżetowa, a zatem także Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, posiada na gruncie Pzp status samodzielnego zamawiającego. Status Powiatowego Zarządu Dróg jako zamawiającego w postępowaniu potwierdza także treść ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego oraz rozdział I SWZ.

Podmiot uprawniony do wykonywania praw z wadium.

Zgodnie z art. 98 ust. 1, ust. 2, ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp, podmiotem zobowiązanym do zwrotu wadium w przypadkach w nich określonych jest zamawiający. Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, podmiotem uprawnionym do zatrzymania wadium w przypadkach w nim określonych także jest zamawiający. Zarówno zatem z istoty wadium (zabezpieczenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez określonego zamawiającego), jak i z literalnego brzmienia art. 98 ustawy Pzp wynika, że wyłącznie uprawnionym do wykonywania uprawnień z wadium jest zamawiający, tj. w niniejszym stanie faktycznym - Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim. Należy zatem uznać, że oznaczenie w gwarancji wadialnej przedłożonej przez odwołującego jako beneficjenta „Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim”, tj. zamawiającego, jest prawidłowe. Okoliczności tej nie może przy tym zmienić zastrzeżenie zamawiającego, jakoby gwarancja miała zostać wystawiona na podmiot inny niż zamawiający w rozumieniu Pzp. Skoro bowiem przepis art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, przyznaje status zamawiającego jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, to przepis ten konstytuuje także legitymację tych jednostek do występowania w procedurach dotyczących udzielenia zamówienia publicznego, przynajmniej im możliwość samodzielnego działania, w tym w zakresie dochodzenia uprawnień z gwarancji wadialnej. Potwierdza to prawidłowość wskazania Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim, jako beneficjenta gwarancji wadialnej. W przypadku aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, to Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, jako zamawiający, będzie uprawniony do żądania kwoty gwarancji, choć ze skutkiem finansowym dla Powiatu Starogardzkiego. Zobowiązanie do wypłaty kwoty gwarancji na żądanie skierowane do gwaranta przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, potwierdził gwarant w piśmie wyjaśniającym skierowanym do odwołującego w dniu 21 lutego 2022 roku (dowód: pismo gwaranta).

Gwarancja ubezpieczeniowa jako umowa cywilnoprawna.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, mimo przysługującego mu statusu zamawiającego, nie jest uprawniony do samodzielnego żądania kwoty gwarancji z uwagi na brak osobowości prawnej, to i tak nie sposób uznać, że określenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta Zarządu Dróg Powiatowych w Starogardzie Gdańskim, uniemożliwia realizację uprawnień z gwarancji przez Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim. Należy bowiem podkreślić, że gwarancja wadialna jest umową zawieraną pomiędzy zlecającym (tu: odwołujący) a gwarantem (tu: InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group), której istotą jest przyznanie podmiotowi

trzeciemu uprawnienia do żądania kwoty gwarancji w przypadku aktualizacji przesłanek określonych w dokumencie gwarancji. W konsekwencji, treść gwarancji wadialnej powinna być interpretowana przez pryzmat art. 65 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego, tj. w sposób zgodny z zamiarem stron i celem umowy oraz w sposób wynikający z okoliczności, w których umowa została zwarta, zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Gwarancja wadialna została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści. Celem gwarancji wadialnej było zabezpieczenie oferty odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Wystawiając gwarancję wadialną gwarant znał cel wniesienia wadium i rodzaj roszczeń, które zabezpiecza. Nie sposób tym samym uznać, że gwarant będzie mógł uchylić się od realizacji uprawnień z gwarancji w przypadku, gdy z żądaniem tym wystąpi Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim. Jeśli bowiem jako beneficjent gwarancji wadialnej został wskazany statio fisci Powiatu Starogardzkiego, tj. podmiot niemogący samodzielnie występować w obrocie prawnym, to biorąc pod uwagę cel wystawienia gwarancji wadialnej, gwarant nie może odmówić wypłaty kwoty na rachunek bankowy wskazany przez Powiat Starogardzki, tj. jednostkę posiadającą osobowość prawną i mogącą występować w obrocie prawnym, wyłącznie reprezentowaną przez statio fisci wskazane jako beneficjent gwarancji wadialnej. Odmowa wypłaty kwoty gwarancji z powołaniem na nieprawidłowe oznaczenie beneficjenta przeczyłaby celowi wystawienia gwarancji wadialnej i byłaby sprzeczna z zasadami współzycia społecznego i zwyczajami handlowymi panującymi w danej dziedzinie stosunków gospodarczych (rynek gwarancji wadialnych wystawianych na potrzeby postępowań o udzielenie zamówień publicznych).

Zobowiązanie do wypłaty kwoty gwarancji na żądanie skierowane do gwaranta przez Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, potwierdził przy tym gwarant w piśmie wyjaśniającym skierowanym do odwołującego w dniu 21 lutego 2022 roku (dowód: pismo gwaranta).

Wezwanie do złożenia wyjaśnień dot. treści gwarancji wadialnej.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, złożonych podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Dokument gwarancji wadialnej jest innym dokumentem składanym przez wykonawców w postępowaniu. Jeśli zatem zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości zabezpieczenia oferty odwołującego wniesioną gwarancją wadialną, powinien zwrócić się do odwołującego o odpowiednie wyjaśnienia. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający wskazał, że w sposób prawidłowy oraz zgodny z przepisami ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający w treści SWZ w części XVI wyraźnie i w sposób niebudzący wątpliwości określił zasady wnoszenia wadium, w tym sposób określenia beneficjenta. Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim nie posiada osobowości prawnej i nie działa w stosunkach prawnych we własnym imieniu i na własny rachunek. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie I ACz 134/05: „Żaden z przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych nie przyznaje jednostkom organizacyjnym będącym zarządami dróg utworzonymi przez zarządcę drogi, osobowości prawnej. Brak również przepisu szczególnego, który przyznawałby Zachodniopomorskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich osobowość prawną”. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie i nie jest kwestionowane. Fakt ten znany jest odwołującemu ponieważ wielokrotnie brał udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego u zamawiającego skutkujących zawarciem z nim umowy i jej realizacją. Odwołujący miał zatem pełną wiedzę co do statusu prawnego Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim, znał też zasady wnoszenia wadium, które są u zamawiającego niezmiennie od wielu lat. Sama treść SWZ w żadnym miejscu nie wprowadza oferenta w błąd i w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wskazuje

jaki podmiot jest beneficjentem wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub

ubezpieczeniowej. Błędne oznaczenie beneficjenta ma doniosłe znaczenie prawne skutkujące niemożnością dochodzenia ewentualnych roszczeń z takiego dokumentu gwarancyjnego, co spotykane jest w praktyce sądowej. Odmowa wypłaty gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w związku z najmniejszym nawet uchybieniem stała się częstym zjawiskiem wśród gwarantów, co zmusza zamawiających do długotrwałych sporów sądowych przez uzyskaniem kwot określonych w dokumencie gwarancyjnym. Zdaniem zamawiającego to oferent, w tym wypadku odwołujący, ponosi ryzyko błędnego określenia beneficjenta gwarancji i brak jest jakichkolwiek podstaw by obciążać tym ryzykiem podmiot

udzielający zamówienia publicznego. W przedmiotowym przypadku sama treść gwarancji nie daje zamawiającemu pełnej pewności, że jego roszczenia zostaną zaspokojone w przypadku konieczności zwrócenia się do gwaranta. Jeżeli wykonawca zabezpiecza swoją ofertę w przetargu wadium w formie gwarancji bankowej, to gwarancja musi dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. KIO potwierdziła to w szeregu orzeczeń, jak choćby KIO 36/11 lub KIO 58/11. Już w chwili otwarcia ofert zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości. Dokument przedstawiony przez odwołującego nie spełniał wskazanych powyżej wymogów co obligowało zamawiającego do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Zweryfikowanie czy wystawiona przez ubezpieczyciela gwarancja spełnia wymogi SWZ jest powinnością oferenta i nie wymaga żadnej wiedzy specjalistycznej z jakiegokolwiek zakresu. Wystarczającym jest przeczytanie i zestawienie treści dwóch dokumentów co umożliwi wykrycie wszelkich nieprawidłowości gwarancji, która ma być przedstawiona zamawiającemu. W ocenie zamawiającego bezrefleksyjne przesłanie wadliwej gwarancji przez odwołującego nie zwalnia go z odpowiedzialności za treść dokumentu, co więcej stanowi w tym zakresie dowód rażącego niedbalstwa oferenta. W omawianym zakresie nie sposób zarzucić zamawiającemu wadliwej wykładni oświadczeń woli zawartych w gwarancji ponieważ, błędne wskazanie podmiotu nie podlega wykładni. Już samo wyjaśnienie gwaranta - które nie zostało załączone do oferty, a przy zachowaniu należytej staranności odwołującego niewątpliwie mogło zostać w terminie przekazane - wskazuje, że gwarancja zawiera błąd, a błędy nie podlegają wykładni oświadczeń woli. Jeżeli wykonawca, wnosząc wadium, posługuje się gwarancją bankową, to powinien zadbać, aby gwarancja nie miała błędów. Powinna z niej wynikać nie tylko kwota zabezpieczenia i warunki jego wypłaty, ale też ważne jest prawidłowe określenie zleceniodawcy, beneficjenta i gwaranta. Nieprawidłowa gwarancja jest równoznaczna z niewniesieniem wadium, czyli prowadzi do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Dokument wadialny nie stanowi części oferty i nie stosują się do niego przepisy Prawa zamówień publicznych o postępowaniu z omyłkami oferty (tak np. KIO 36/11). Nie da się uzupełnić wadium po terminie składania ofert i tak samo nie da się usunąć braków gwarancji wadialnej. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja wadialna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dokumentem o szczególnym znaczeniu. Nie tylko z uwagi na jego rolę, istotną z punktu widzenia zamawiającego, dla którego wadium stanowi zabezpieczenie oferty wykonawcy. Ważne jest bowiem to, że w odróżnieniu od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy wykazujących umocowanie do składania w imieniu wykonawców oświadczeń woli, dokument stanowiący wadium nie podlega uzupełnianiu. Jego niezłożenie (bądź złożenie dokumentu obciążonego błędem) skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, czego konsekwencją jest odrzucenie jego oferty. Co więcej, do wadium nie znajdują również zastosowania przewidziane przez prawo zamówień publicznych mechanizmy umożliwiające sanowanie wadliwości oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta. Wadium nie jest bowiem częścią oferty, stanowi jedynie jej zabezpieczenie. Nie jest więc możliwe poprawienie przez zamawiającego zidentyfikowanej w wadium omyłki (to uprawnienie odnosi się jedynie do oferty) czy wystąpienie do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień odnoszących się do tego dokumentu. W kontekście powyższych argumentów za nietrafny uznać należy zarzut odwołującego, że zamawiający zaniechał wezwania oferenta do wyjaśnień. Brak jest w ustawie Pzp przepisu, który uprawniałby zamawiającego do takiego działania. W szczególności nie stanowi takiej normy prawnej przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, który nie odnosi się w żadnym miejscu do sytuacji będącej przedmiotem niniejszego postępowania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podzieliła argumentację prezentowaną przez odwołującego.

Izba wskazuje, iż zamawiający w dokumentacji związanej z prowadzonym postępowaniem, w sposób niejednołity powołuje się na oznaczenie zamawiającego w tym postępowaniu, co mogło wywoływać różną ocenę u wykonawców.

W treści ogłoszenia o zamówieniu (BZP), jako zamawiający został wskazany „Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim”. Również w SWZ, w rozdziale I - „Nazwa i adres Zamawiającego”, jako zamawiający został wskazany „Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim”, jednakże z zastrzeżeniem oznaczenia jako numeru identyfikacyjnego zamawiającego dwóch numerów NIP należących - odpowiednio - do Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim (NIP: 5921878941) oraz do Powiatu Starogardzkiego (NIP: 5922057838).

W dokumencie z dnia 31 stycznia 2022 roku, stanowiącym zmianę treści SWZ, jako zamawiający został wskazany Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim.

Natomiast w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, jako zamawiający został wskazany „Powiat Starogardzki - Powiatowy Zarząd Dróg”.

Zgodnie ze Wzorem umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, jako strona umowy, został wskazany „Powiat Starogardzki NIP: 592-205-78-38, reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg (...) zwany dalej Zamawiającym”.

(dowód: ogłoszenie, SWZ z załącznikami)

Zgodnie z rozdziałem XVI ust. 1 SWZ, zamawiający wymagał od wykonawcy zabezpieczenia oferty wadium. Zgodnie z rozdziałem XVI ust. 5 pkt. 6) SWZ, zamawiający wymagał, by w wadium wnoszonym w formie poręczeń lub gwarancji jako beneficjent został wskazany Powiat Starogardzki reprezentowany przez Powiatowy Zarząd Dróg, ul. Mickiewicza 9, 83-200 Starogard Gdański.

Jednocześnie, w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu, zamawiający podał numer konta bankowego właściwego dla zamawiającego, tj. Powiatowego Zarządu Dróg.

Jako zabezpieczenie oferty odwołujący wniósł ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr (...) wystawioną przez (...) - (gwarancja wadialna). W treści gwarancji wadialnej jako beneficjent został wskazany „Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, ul. Mickiewicza 9, 83-200 Starogard Gdański”.

Izba wskazuje, że Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim jest jednostką budżetową Powiatu Starogardzkiego, utworzoną na podstawie ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym i uchwały nr VI/21/99 Rady Powiatu Starogardzkiego z dnia 25 lutego 1999 roku w sprawie powołania powiatowych jednostek budżetowych (dowód: Statut - dostępny pod adresem mailowym: <http://nbip.pl/pzdstg/i/?i=20637>, zakładka „Akty prawne”, podzakładka „Statut” na stronie BIP Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim).

Zgodnie z art. 11 ust. 1-3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych, jednostka budżetowa jest jednostką organizacyjną sektora finansów publicznych nieposiadającą osobowości prawnej, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek - odpowiednio - dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Mając na uwadze brzmienie art. 11 ust. 1-3 ustawy o finansach publicznych, jednostka budżetowa, a zatem także Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, posiada na gruncie Pzp status samodzielnego zamawiającego.

Zgodnie z art. 98 ust. 1, ust. 2, ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp, podmiotem zobowiązanym do zwrotu wadium w przypadkach w nich określonych jest zamawiający. Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, podmiotem uprawnionym do zatrzymania wadium w przypadkach w nim określonych także jest zamawiający.

Zarówno zatem z istoty wadium (zabezpieczenie oferty w postępowaniu prowadzonym

przez określonego zamawiającego), jak i z literalnego brzmienia art. 98 ustawy Pzp wynika, że wyłącznie uprawnionym do wykonywania uprawnień z wadium jest zamawiający - w przedmiotowym postępowaniu - Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim.

Tym samym, w ocenie Izby należało uznać, że oznaczenie w gwarancji wadialnej przedłożonej przez odwołującego jako beneficjenta „Powiatowego Zarządu Dróg w Starogardzie Gdańskim”, tj. zamawiającego, jest prawidłowe i nie wywołuje negatywnych skutków prawnych, w tym odrzucenia oferty odwołującego.

Stanowisko powyższe potwierdza również dowód zgłoszony przez odwołującego, tj. oświadczenie wystawcy gwarancji (Gwaranta), który jednoznacznie potwierdził, iż „(...)

w przedmiotowej sprawie gwarant zobowiązany byłby wypłacić kwotę świadczenia z gwarancji na rachunek wskazany przez Powiatowy Zarząd Dróg lub Powiat Starogardzki”.

Zdaniem Izby, za prawidłowe należy przyjąć stanowisko, że omyłka w określeniu beneficjenta gwarancji stanowi podstawę do odrzucenia oferty jedynie wówczas, gdy podmiot, który powinien być wskazany prawidłowo jako beneficjent, nie będzie miał rzeczywistej prawnej możliwości zaspokojenia się z wystawionej gwarancji. Jak zasadnie wskazała Izba „(...) oznaczenie jako beneficjenta gwarancji Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, czyli jednostkę budżetową 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 (...) 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” - wyrok KIO z 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 968/09, KIO/UZP 976/09.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....