Sygn. akt: KIO 1605/22

WYROK

z dnia 7 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rędziny w Rędzinach,

przy udziale wykonawcy S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład

Transportowo - Handlowo - Usługowy S. K. z siedzibą w Wrzosowej, zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji

   Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Sygn. akt: KIO 1605/22

Zamawiający - Gmina Rędziny - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji

postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej

wraz z przyłączami w granicy pasa drogowego w Rędzinach ul. Kościuszki wraz z ulicami bocznymi", Nr nadany przez zamawiającego: ZP.271.06.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00150042/01 z dnia 10 maja 2022 roku.

W dniu 15 czerwca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

a) Wezwania Wykonawcę do wyjaśnienia i uzupełnienia wadium (gwarancji ubezpieczeniowej)

b) Wyboru oferty Wykonawcy Z.T.H.U. S. K. jako najkorzystniejszej,

c) Zaniechania odrzucenia oferty Z.T.H.U. S. K.

d) Zaniechania wyboru PIS INSBUD sp. z o.o.

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

■ art. 226 ust.1 pkt. 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z pkt. 25.7.4) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Z.T.H.U. S. K., w sytuacji gdy Wykonawca wniósł nieprawidłowe wadium,

■ art. 223 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia wadium w sytuacji, gdy z mocy art. 97 ust. 5 PZP wadium wnosi się przed terminem składania ofert i nie podlega uzupełnieniu i wyjaśnieniu,

■ a w konsekwencji naruszenia art. 16 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wybory oferty Wykonawcy S. K. i jej odrzucenie,
- wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że:

STAN FAKTYCZNY

1. Zamawiający Gmina Rędziny ogłosiła przetarg dla zamówienia o wartości mniejszej od progów unijnych pn: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wraz z przyłączami w granicy pasa drogowego w Rędzinach ul. Kościuszki wraz z ulicami bocznymi".

2. W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") wskazano wymagania dotyczące wadium tj. w pkt. 25 SWZ. W stosunku do wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i powinno zawierać elementy wskazane w SWZ (pkt. 25.7).

3. W postępowaniu zostały złożone oferty przez Odwołującego PIS Insbud sp. z o.o. oraz Z.T.H.U. S. K..

4. S. K. złożył ofertę i wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W treści gwarancji wskazano, że: „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 26 czerwca 2022 roku do 27 czerwca 2022 włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji."

5. Zgodnie z pkt. 11.10. SWZ oferty powinny być składane do dnia 26 maja 2022 roku do godziny 9. 00.

6. Zamawiający pismem z dnia 31 maja 2022 roku wskazał na nieprawidłowości w złożonej gwarancji wadialnej wskazując, że jest niezgodna z pkt. 6.4.1 SWZ, gdyż zgodnie z jej treścią termin ważności oferty wynosi tylko 1 dzień. Zamawiający wezwał o przedłożenie wyjaśnień wraz z dokumentem potwierdzającym prawidłową ważność wadium przetargowego w okresie wymaganym w postępowaniu. Wskazać należy, że Zamawiający w wezwaniu nie wskazał podstawy prawnej wystąpienia z takim wezwaniem.

7. Wykonawca w odpowiedzi złożył aneks nr 1 z dnia 25 maja 2022 roku, który zmienił błędny zapis okresu obowiązywania zabezpieczenia.

BRAK MOŻLIOWOŚCI UZUPEŁNIENIA GWARANJI WADIALNEJ

8. Gwarancja wadialna musi być prawidłowa i nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu. (Tak:

Wyrok KIO z 22.12.2017 r., KIO 2593/17, LEX nr 2441882 - „Dokument gwarancji wadialnej nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., ani też nie może podlegać wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ww. ustawy, bowiem nie stanowi treści oferty.", Wyrok KIO z 15.06.2020 r., KIO 970/20, LEX nr 3043823." Nie tylko fakt niewniesienia wadium w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy - wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji ubezpieczeniowej, a w konsekwencji nieskuteczności gwarancji stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy."

9. Jak wskazano w cytowanym wyroku KIO gwarancja wadialna nie stanowi oferty, a wobec tego nie jest możliwe stosowanie instrumentów ustawy dotyczących uzupełniania lub wyjaśniania dokumentu wadium.

10. W literaturze przedmiotu przyjmuje się jednoznacznie, że po wejściu nowego prawa zamówień publicznych nie ma możliwości poprawy czy wyjaśnienia dokumentu gwarancji wadialnej w trybie art. 223 Prawa zamówień publicznych (Porównaj:; R. Pruszkowski,

Prawidłowość dokumentu wadialnego, cz. 2, Zam.Pub.Dor. 2021, nr 11, s. 48-55 - „Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 [p.z.p.]. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadialnego omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 [p.z.p.]. Zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny prawidłowości 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. 128 ust. 1 [p.z.p.], gdyż nie ma on charakteru podmiotowego środka dowodowego, nie jest także "innym dokumentem lub

oświadczeniem" składanym w postępowaniu, o których mowa w tym przepisie.”

11. Charakter nieprawidłowości gwarancji wadialnej złożonej przez Wykonawcę S. K. wyklucza jej sanację w postępowaniu po otwarciu ofert. Nieprawidłowości gwarancji wadialnej są na tyle istotne, że nie mogą zostać wyeliminowanie w kontekście art. 65 KC, gdyż wymagają udziału Gwaranta i jego oświadczenia o czym świadczy złożenie przez Wykonawcę aneksu nr 1 do Gwarancji Wadialnej po terminie składania oferty. Nieprawidłowości Gwarancji Wadialnej maja dużą wagę w kontekście okresu ważności gwarancji wadialnej, gdyż okres ten nie pokrywa się z okresem związania ofertą.

12. Gwarancja wadialna powinna zawierać treść umożliwiającą Zamawiającemu zaspokojenie się z złożonego zabezpieczenia. Tymczasem treść gwarancji wskazuje również na ograniczenie czasowe w zgłaszaniu roszczeń z tytułu gwarancji i wskazują, że taki roszczenia mogą być zgłaszane tylko przez jeden dzień.

OBOWIĄZEK ODRZUCENIA OFERTY W PRZYPADKU NIEPRAWIDŁOWO WNIESIONEGO WADIUM

13. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. (art. 97 ust. 5 Prawa zamówień publicznych).

14. Działania i zaniechania Zamawiającego w zakresie dopuszczenia złożenia przez Wykonawcę wadium po terminie składania oferty w konsekwencji naruszają art. 16 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców poprzez sanację oferty Wykonawcy mimo braku podstaw prawnych do takiego sanowania.

15. Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt. 14 - Zamawiający odrzuca ofertę, gdy 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.

16. W tym stanie rzeczy obowiązkiem Zamawiający było odrzucenie oferty z uwagi na to, że Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 czerwca 2022 r. wnosił o oddalanie odwołania.

Zamawiający podniósł poniższe kwestie:

Zamawiający w postępowaniu wymagał złożenia wadium w wysokości 100.000,00 zł; w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i winno zawierać m. in. termin ważności gwarancji lub poręczenia, który nie może być krótszy niż termin związania Wykonawcy złożoną przez niego ofertą.

Termin związania ofertą wynosił 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia znak sprawy ZP.271.06.2022 (pkt 9 i 25). Zgodnie z art. 97 ust. 5 PZP Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem

przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Wraz z ofertą Wykonawca ZTHU S. K. wniósł wadium w postaci gwarancji

ubezpieczeniowej. Zgodnie z ofertą Wykonawcy „Wadium w kwocie 100.000,00 zł zostało wniesione w dniu 25.05.2022 r. w formie gwarancji ubezpieczeniowej" (pkt 10 oferty Wykonawcy).

Dowód: oferta Wykonawcy ZTHU S. K.

Zgodnie z załączoną do oferty gwarancją ubezpieczeniową „niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 26.06.2022 r. do dnia 27.06.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji)".

Dowód: gwarancja ubezpieczeniowa nr 903013978456 z dnia 25.05.2022 r. załączona do oferty Wykonawcy ZTHU S. K.

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że wadium nie podlega uzupełnieniu. Jednak wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy ZTHU S. K. do uzupełnienia wadium.

W tym miejscu należy wskazać na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:

• fakt, że do dokumentu gwarancji wadialnej nie stosuje się przepisów dotyczących wyjaśnień czy uzupełnienia, mających zastosowanie do treści oferty i dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, nie oznacza, iż zamawiający, prowadząc postępowania z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu (wyrok KIO z 09.02.2012 r. KIO 150/12). W wyroku tym Izba podzieliła stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. X Ga 23/J7, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy(...)". Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę 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. Izba podkreśliła, iż formalizm ma przede wszystkim gwarantować realizację 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. Jak zaznaczyła Izba w powołanym wyroku „zamawiający zobowiązany był, dbając o przeprowadzenie postępowania z zachowaniem reguł wyartykułowanych w art. 7 ust. 1 ZamPublU, jeśli miał wątpliwości dotyczące treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą przez odwołującego, wyjaśnić je";

• istnieje możliwość kwalifikacji błędu w gwarancji wadialnej jako oczywistej omyłki pisarskiej (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 930ft)9, w którym Izba uznała, iż błędne oznaczenie daty wystawienia

gwarancji należy w okolicznościach rozpoznawanej sprawy uznać za omyłkę pisarską nie rzutującą na prawidłowość wniesienia wadium;

• treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (tak m. in. wyrok KIO z 14 sierpnia 2012 r. KIO 164 12; z 26 czerwca 2013 r. KIO 141 13, z 22 grudnia 2017 r. KIO 259 17).

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 i 2 k.c. 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;

- zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu

gwarancji bankowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady określone w PZP i art. 65 k.c. (tak wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r. KIO 76 13);

- ,,omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium" (tak KIO w wyroku z 20 stycznia 2011 r. KIO 54/11, w którym Izba stwierdziła, że „w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 k.c., 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(...)";

- istnieje konieczność wyjaśnienia w zakresie wątpliwości wynikających z treści gwarancji wadialnej - tak KIO w wyroku z 24 kwietnia 2017 r. KIO 632/17, w którym

Izba stwierdziła, że „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 ZamPublU. 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 ZamPublU." Tak również KIO w wyroku z 9 lutego 2012 r. KIO 150/12.

Niewątpliwym jest, iż w przedmiotowej sprawie zamiarem Wykonawcy ZTHU S. K. i gwaranta - STU ERGO Hestia S.A. było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Wykonawca 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.

Uwzględniając fakt, iż gwarancja wadialna złożona przez Wykonawcę ZTHU S. K. miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu (z treści gwarancji wprost wynika jej cel - „wadium (gwarancja ubezpieczeniowa)" wystawiona na rzecz Gminy Rędziny w związku ze składaniem przez Wykonawcę ZTHU S. K. oferty w postępowaniu, którego nazwa także jest podana) nie może budzić wątpliwości, że Wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie daty 26.06.2022 r. jako początkowej daty obowiązywania gwarancji. Gdyby wskazania takiej daty nie traktować jako oczywistej omyłki, gwarancja wadialna byłaby ważna jeden dzień, a początek jej ważności rozpoczynałby się ponad miesiąc po jej wystawieniu. Taka ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego.

W tym miejscu wskazuję, że Zamawiający pismem z dnia 31 maja 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy ZTHU S. K. o wyjaśnienia w związku z powzięciem wątpliwości co do treści dokumentu wadium, wskazując jednoznacznie, że zdaniem Zamawiającego doszło do oczywistej omyłki pisarskiej w dacie ważności gwarancji.

Dowód: - pismo Zamawiającego nr ZP.271.06.05.2022 z 31.05.2022 r.

Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie zostało w pełni potwierdzone pismem Gwaranta z 2 czerwca 2022 r., w którym Gwarant oświadczył, że doszło do oczywistej

omyłki pisarskiej w dokumencie gwarancji w początkowej dacie jej ważności, jednocześnie ją prostując z daty 26.06.2022 r. na 26.05.2022 r. Stanowisko to potwierdza również oświadczenie Wykonawcy ZTHU S. K. z dnia 2 czerwca 2022 r. oraz aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej).

Dowód:

- oświadczenie Gwaranta z 02.06.2022 r.,
- oświadczenie ZTHU S. K. z 02.06.2022 r.,
- aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) z 02.06.2022 r.

W okolicznościach faktycznych sprawy zaistniała omyłka pisarska, mogąca wynikać choćby z faktu, iż na klawiaturze komputerowej mylnie podana cyfra 6 zamiast 5 (w miesiącu daty początkowej ważności gwarancji) bezpośrednio ze sobą sąsiadują, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona wraz z ofertą przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa.

Mając na uwadze powyższe, czynności Zamawiającego w postępowaniu polegające na wyjaśnieniu wątpliwości co do treści dokumentu wadialnego oraz na wyborze oferty ZTHU S. K. jako oferty najkorzystniejszej, były prawidłowe.

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

Izba ustaliła, ze Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportowo - Handlowo - Usługowy S. K. z siedzibą w Wrzosowej, ul. Wesoła 13, 42-263 Wrzosowa.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00150042/01 z dnia 10 maja 2022 roku.

W dniu 15 czerwca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

a) Wezwania Wykonawcę do wyjaśnienia i uzupełnienia wadium (gwarancji ubezpieczeniowej)

b) Wyboru oferty Wykonawcy Z.T.H.U. S. K. jako najkorzystniejszej,

c) Zaniechania odrzucenia oferty Z.T.H.U. S. K.

d) Zaniechania wyboru PIS INSBUD sp. z o.o.

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

■ art. 226 ust.1 pkt. 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z pkt. 25.7.4) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Z.T.H.U. S. K., w sytuacji gdy Wykonawca wniósł nieprawidłowe wadium,

■ art. 223 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia wadium w sytuacji, gdy z mocy art. 97 ust. 5 PZP wadium wnosi się przed terminem składania ofert i nie podlega uzupełnieniu i wyjaśnieniu,

■ a w konsekwencji naruszenia art. 16 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 czerwca 2022 r. wnosił o oddalanie odwołania.

Przystępujący do postępowania wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportowo - Handlowo - Usługowy S. K. z siedzibą w Wrzosowej w dniu 29

czerwca 2022 r. wniósł odpowiedź na zarzuty zawarte w odwołaniu do Krajowej Izby

Odwoławczej (pismo z dnia 27 czerwca 2022 r.).

Stan prawny:

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 iart. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 97 ust. 5 ustawy PZP, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa wart. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, 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 wart. 98 ust. 2 pkt 3.

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z pkt 25.7.4) SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Z.T.H.U. S. K. oraz art. 223 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia wadium, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 iart. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 97 ust. 5 ustawy PZP, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa wart. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Natomiast stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, 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 wart. 98 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający ponadto określił w pkt 25.7.4) SWZ, w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i winno zawierać m.in. termin ważności gwarancji lub poręczenia (który nie może być krótszy niż termin związania Wykonawcy złożoną przez niego ofertą).

W pkt 9.1. SWZ, Zamawiający określił, że Wykonawca jest związany ofertą przez 30 dni, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Zgodnie natomiast z pkt 11.10 SWZ, Zamawiający określił termin składania ofert do dnia 26 maja 2022 r. do godz. 9:00.

Zgodnie z zapisami w pkt 6.4.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał złożenia wadium w wysokości 100.000,00 zł jednej z dopuszczonych form ważnego od dnia składania ofert do dnia upływu terminu związania ofertą.

Izba zważa, że Przystępujący oświadczył w pkt 10 formularza ofertowego, że wadium w wysokości 100.000,00 złotych zostało wniesione w dniu 25 maja 2022 r. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Do formularza ofertowego Przystępujący dołączył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr 903013978456 z dnia 25 maja 2022 r. wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie (Gwarant), z której wynika, że „Niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 26-06-2022 r. do dnia 27-06-2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji".

W wyniku powyższego Zamawiający zwrócił się do Przystępującego pismem z dnia 31 maja 2022 r. (Nr ZP.271.06.05.2022), w którym: „powziął wątpliwości co do treści załączonego dokumentu wadialnego postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr 903013978456 z dnia 25 maja 2022 r." Zamawiający wskazał, że termin ważności gwarancji „wynosi tylko 1 dzień - tj. od dnia 26 czerwca 2022 r. do dnia 27 czerwca 2022 r. Dla uznania tego okresu ważności wadium za omyłkę pisarską, Zamawiający zwraca się z prośbą o przedłożenie wyjaśnień wraz dokumentem potwierdzającym prawidłową ważność wadium przetargowego w okresie wymaganym w postępowaniu przetargowym".

W odpowiedzi Przystępujący w dniu 2 czerwca 2022 r. oświadczył, że dokument wadialny nr 903013978456 z dnia 25 maja 2022 r. posiada oczywistą omyłkę pisarską, dołączając oświadczenie Gwaranta z dnia 2 czerwca 2022 r. oraz aneks nr 1 do wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) z dnia 2 czerwca 2022 r.

Izba zważa, że z oświadczenia Gwaranta zatytułowanego „Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w dokumencie Gwarancji Wadium Nr 903013978456 z dnia 25 maja 2022 r." wynika, że pojawiła się oczywista omyłka pisarska i że zostanie dokonana zmiana w brzmieniu: „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 26-05-2022 r. do dnia 27-06-2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji".

W wyniku powyższego Gwarant sporządził aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej, z którego wynika jednoznacznie, że „w celu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, zmienia się okres ważności Gwarancji. W związku z powyższym, Gwarancja jest ważna 26-05-2022 r. do dnia 27-06-2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji)", stwierdzając jednocześnie, że „Aneks nr 1 stanowi integralną część Gwarancji".

Mając powyższe na uwadze, Izba zważa, że tak naprawdę spór między Odwołującym a Zamawiającym dotyczył tego czy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską oraz czy Zamawiający mógł zwrócić się do Przystępującego o wyjaśnienie treści dokumentu gwarancyjnego, tj. gwarancji ubezpieczeniowej.

Rozważając powyższe, Izba zważa, że można wskazywać na dwa sposoby wykładni pojęcia „oczywista omyłka pisarska". Pierwszy mówiący, że oczywista omyłka pisarska musi być rozumiana nie tylko w ten sposób, że oczywiście widać, iż dany zapis zawiera błąd literowy, czy inny błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, ale wiadomo również, jak błąd ten naprawić. Drugi kierunek mówi, że czym innym jest wystąpienie oczywistej omyłki, a czym innym sposób jej naprawy, przy czym omyłka taka zachodzi wtedy, gdy na pierwszy rzut oka widać, że jest błąd w tym, co zostało napisane.

Oznacza to, zdaniem Izby, że sposób naprawienia tego błędu, jest kwestią zupełnie odrębną. Oczywiście nie ma wątpliwości co do tego, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wyjaśnienia, jaki zapis, wyrażenie jest prawidłowe. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający czyni to za pomocą narzędzi przewidzianych w art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy PZP, tj. w szczególności poprzez żądanie przedstawienia stosownych wyjaśnień.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 632/17 „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 ZamPublU".

Izba dodatkowo zważa, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenia woli Gwaranta) podlega ona wykładni, do której znajduje zastosowanie art. 65 § 1 KC, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia

społecznego oraz ustalone zwyczaje (tak m.in. wyrok KIO 2593/17 z dnia 22 grudnia 2017 r.). Ponadto zgodnie z art. 65 § 2 KC w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Wykładnia ta powinna być dokonywana z uwzględnieniem ewentualnych oczywistych błędów o charakterze omyłek pisarskich. Jeżeli treść gwarancji zawiera informacje w sposób oczywisty będące wynikiem omyłki pisarskiej, co jest widoczne nawet przy pobieżnej analizie, to nie sposób twierdzić, że ta oczywiście błędna treść jest wynikiem zgodnego zamiaru stron i realizuje cel umowy.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt. KIO 54/11 „omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (..)nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium"

Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący przedłożył wraz z formularzem ofertowym dokument gwarancji ubezpieczeniowej, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie daty 26.06.2022 r. jako początkowej daty obowiązywania gwarancji.

Izba zważa, że rację ma Zamawiający, że gdyby wskazania takiej daty nie traktować jako oczywistej omyłki, gwarancja wadialna byłaby ważna jeden dzień, a początek jej ważności rozpoczynałby się ponad miesiąc po jej wystawieniu. Taka ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego.

Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu zamiarem Przystępującego i Gwaranta było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportowo - Handlowo - Usługowy S. K. z siedzibą w Wrzosowej 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 między Przystępującym a Gwarantem, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołalnie z dnia 27 czerwca 2022 r. oraz Przystępujący w piśmie z dnia 27 czerwca 2022 r.

Izba wskazuje, że z dowodu w postaci ww. umowy (Polisa - Gwarancja Finansowa) z dnia 25 maja 2022 r. wniesionego przez Przystępującego do pisma z dnia 27 czerwca 2022 r. wynika jednoznacznie w pkt IV Termin ważności gwarancji od 2022-05-26 00:00 do 2022-06-27 24:00 z datą składania roszczeń 2022-06-27 oraz w pkt V Opłatą za udzielenie gwarancji w wysokości 500,00 zł. Zapłata składki ubezpieczeniowej opiewającej na kwotę 500,00 zł nastąpiła w dniu 25 maja 2022 r., o czym świadczy dowód w postaci potwierdzenia transakcji wniesiony przez Przystępującego do pisma z dnia 27 czerwca 2022 r.

Izba zgadza się z Odwołującym, że gwarancja wadialna musi być prawidłowa i nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający w piśmie z dnia 27 czerwca 2022 r. również zgodził się, że wadium nie podlega uzupełnieniu. Jednakże, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie mamy do czynienia z uzupełnieniem gwarancji ubezpieczeniowej poprzez aneks nr 1 do wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) z dnia 2 czerwca 2022 r., ponieważ ww. aneks tylko potwierdził, mimo że był sporządzony po terminie składania ofert, że gwarancja

ubezpieczeniowa zawierała oczywistą omyłkę pisarską, biorąc pod uwagę zapisy Polisy - Gwarancję Finansową i opłaconą składkę ubezpieczeniową. Potwierdził powyższe także sam Gwarant.

Tym samym, Izba stoi na stanowisku, że nie mamy w realiach niniejszej sprawy do czynienia z zaproszeniem do negocjacji ani wola stron nie została zmieniona poprzez aneks, na co wskazywał Odwołujący na rozprawie.

Ponadto, Izba zważa, że zbyt formalistyczne podejście do oceny dokumentów dołączanych do oferty (w niniejszym postępowaniu formularza ofertowego) jest niezgodne z celem zamówień publicznych, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacja przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, w okolicznościach w niniejszej sprawy, gwarancja ubezpieczeniowa wadium trwała w terminie określonym w umowie, tj. Polisie - Gwarancji Finansowej, czyli od dnia 26.05.2022 r. do dnia 27.06.2022 r., a nie od dnia 26.06.2022 r. do dnia 27.06.2022 r.

Tym samym, zdaniem Izby, nie sposób stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sporu zaistniała omyłka pisarska (mogąca wynikać choćby z faktu, iż na klawiaturze komputerowej mylnie wpisano cyfrę 6 zamiast 5 (w gwarancji ubezpieczeniowej) bezpośrednio ze sobą sąsiadujące, nie mogą stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona wraz z formularzem ofertowym przez Przystępującego gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa.

Podsumowując, zdaniem Izby, nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z pkt 25.7.4) SWZ oraz art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP, a w konsekwencji art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....