Sygn. akt: KIO 3739/23

WYROK

Warszawa, dnia 3 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Aleksandra Patyk

Protokolantka:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2023 r. przez wykonawcę M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FIONER M. B. w Łebnie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Gdynia -Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych w Gdyni

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie części II zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego w tej części.

2. Oddala odwołanie w zakresie części I zamówienia.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FIONER M. B. w Łebnie tytułem wpisu od odwołania;

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3739/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasta Gdynia - Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych w Gdyni [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę utrzymania czystości w budynkach i na terenach gminnych zarządzanych przez Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych w Gdyni (znak postępowania: ZBILK.IZ.MK.241.P.16.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2023 r. pod numerem nr 2023/S 188-586209.

W dniu 12 grudnia 2023 r. wykonawca M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FIONER M. B. w Łebnie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej pozbawiono ją udziału w przetargu i uzyskaniu zamówienia pomimo

przedstawienia najkorzystniejszej i uczciwej rynkowo oferty zarówno dla części I i II;

2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie łącznie dwóch ofert pomimo dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, w których to częściach był określony zakres i przedmiot każdej części oraz wskazaniu, że ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia, przy ewentualnych wątpliwościach dotyczących tylko części II;

4. art. 97 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie do rozstrzygnięcia, że Odwołująca nie złożyła wadium dla części I zamówienia, podczas gdy Odwołująca złożyła gwarancję wadialną na łączną sumę obu części zamówienia z wydzieleniem dodatkowo informacji o gwarancji dla każdej części zamówienia nr 1 i 2, w tym dla części 1 kwotę 33 000,00 zł;

5. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień co do innych dokumentów - treści oświadczenia zawartego w gwarancji ubezpieczeniowej obarczonej co do części II zamówienia oczywistą omyłką pisarską polegająca na zgubieniu cyfry zero tj. 15 00,00 zamiast 15000,00 (co jednoznacznie wynika ze sposobu zapisu oraz pozostałych

dwóch liczb sumy łącznej 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych) oraz kwoty 33 000,00 zł będących jedną z dwóch liczb składowych na sumę 48 000,00 zł;

6. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty na część I i część II zamówienia, podczas gdy oczywistą omyłką pisarską obarczona była tylko część II zamówienia;

7. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego (KC) poprzez błędne przyjęcie, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia kryterium wymaganego dla wadium, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany mieć na uwadze okoliczności, w których oświadczenie gwaranta zostało złożone, zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaj, a także zamiar stron i cel, jaki ta gwarancja ma spełniać - zabezpieczenie oferty wykonawcy składanej w danym postępowaniu;

8. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty zarówno w stosunku do części I jak i II, podczas gdy ewentualna nieścisłość dotycząca gwarancji ubezpieczeniowej dotyczyła tylko części II zamówienia;

9. art. 17 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechanie oceny oferty Odwołującej, bezpodstawne odrzucenie ofert dla części I i II , a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

10. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, w sposób niezgodny z ustawą;

11. art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania przedstawienia stosownych wyjaśnień, gdyż treść gwarancji ubezpieczeniowej podlega wykładni, do której znajduje zastosowanie art. 65 § i § 2 KC, a także wyjaśnień od Clean-Task K. B., 32-084 Mników, Mników 573 co do sposobu kalkulacji ceny i jej parametrów rynkowych;

12. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp i art. 65 § 1 i 2 KC poprzez zaniechanie wykładni lub błędną wykładnię treści gwarancji ubezpieczeniowej, co doprowadziło do błędnego uznania, że Odwołująca nie przedłożyła wymaganego dokumentu wadium dla części I jak i części II zamówienia;

13. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niewybranie najkorzystniejszej oferty.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności:

- badania i oceny ofert,

- wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił oferty Odwołującej zarówno w stosunku do części I jak i części II zamówienia, wskazując na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium.

Uzasadniał, że Odwołująca wniosła zgodnie w warunkami SWZ wadium w postaci wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę łączną obejmującą zgodnie z SWZ 48 000,00 zł w tym na część I 33 000,00 zł oraz część II 15 000,00 zł. Odwołujący przywołał w tym miejscu stosowne postanowienia gwarancji wadialnej.

Odwołująca przekazała Gwarantowi we wniosku dane niezbędne do dokumentu gwarancji wadialnej składając stosowny wniosek, w oparciu o ten wniosek Gwarant TUiR WARTA S.A. działając przez osobę upoważnioną P. U. O. wystawił stosowny dokument UBEZPIECZENIOWĄ GWARANCJĘ PRZETARGOWĄ NR 920036926951.

Odwołujący przywołał postanowienia rozdziału XX SWZ dotyczące wadium. Uzasadniał, że w złożonym dokumencie wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych 00/100) w tym cześć I: 33 000,00 zł i część 2 15 00,00 zł., stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne zadanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji. W dokumencie tym Gwarant prawidłowo wskazał sumę ubezpieczenia na 48 000,00 zł (sumę kwot 33 000,00 zł i 15 000,00 zł), prawidłowo wskazał kwotę na część pierwszą (I) 33 000,00 zł oraz błędnie zapisał kwotę 15 000,00 zł dokonując oczywistej omyłki pisarskiej zapisując ja błędnie w następujący sposób: 15 00,00 zł. Suma gwarancyjna 48 000,00 oraz część pierwsza 33 000,00 zł, a także niepoprawny zapis matematyczny, jednoznacznie wskazuje, że 15 00,00 zł, jest omyłką a intencją Gwaranta było wpisanie 15 000,00 zł. Różnica pomiędzy sumą wpisaną cyframi i słownie w wysokości 48 000,00 zł, a kwotą na część 1 33 000,00 zł jest kwota 15 000,00 zł.

Powyższe potwierdził również w oświadczeniu Gwarant. Zamawiający miał obowiązek dokonać oceny dokumentów i ich wykładni zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa. Odwołujący powołał się na wyrok KIO sygn. akt: KIO 284/23, wyrok KIO sygn. akt: KIO 1605/22, wyrok KIO sygn. akt: KIO 949/22 oraz wyrok KIO sygn. akt: 1234/21.

W przedłożonym dokumencie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej zauważalnym jest nietypowy zapis liczby 15 00,00 zł. Zapis ten w zestawieniu z pozostałymi prawidłowymi zapisami liczb 48 000,00 zł z opisem słownym (czterdzieści osiem tysięcy) oraz wskazaniem, że 48 000,00 zł jest sumą kwot 33 000,00 zł oraz 15 00,00 jednoznacznie wskazuje, że zawiera on oczywistą omyłkę pisarską, a intencją stron umowy było wpisanie liczby 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy zł). Wolę stron potwierdza dodatkowo zarówno treść wniosku o udzielnie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, umowa

o udzielenie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej jak i dokonana prawidłowa wykładnia treści oświadczenia woli zawarta w ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej.

Zamawiający zamiast dokonać wykładni treści złożonej ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej bezpodstawnie odrzucił oferty Odwołującej dotyczące zarówno I jak i II części zamówienia. Zamawiający nie dopełnił ciążących na nim obowiązków, błędnie przyjmując, że Odwołująca nie złożyła właściwego zabezpieczenia w postaci wadium, co doprowadziło go do błędnego odrzucenia ofert Odwołującej. Tym bardziej niezrozumiałe jest odrzucenie z tej przyczyny obu ofert, gdyż zabezpieczenie wadialne na cześć I nie zawierało żadnych omyłek. W stosunku do części II omyłka pisarska jest tak oczywista, że przy zastosowaniu zasad wykładni biorąc pod uwagę okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, sposób zapisu widniejący na dokumencie, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, nie sposób inaczej odczytać treści jak piętnaście tysięcy złotych. Zamawiający był zobowiązany w szczególności dokonując wykładni oświadczenia woli mieć na uwadze reguły językowe, kontekst językowy (uwzględnienie pozostałej treści danego dokumentu) oraz kontekst sytuacyjny, tj. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Gdyby Gwarant chciał faktycznie udzielić zabezpieczenia na kwotę jeden tysiąc pięćset złotych to dokonałby zapisu zgodnego z zasadami matematycznymi 1 500,00 zł, a łączna suma zabezpieczenia opiewałaby na kwotę 34 500,00 zł.

Dodatkowo, Odwołujący przedłożył oświadczenie Gwaranta o jego woli wyrażonej w treści ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, zgodnej z logiczną wykładnią zapisu opartą o art. 65 KC.

Powyższe uchybienia Zamawiającego doprowadziły go do odrzucenia ofert Odwołującej oraz dokonania wyboru innych ofert, które nie mają przymiotu najbardziej korzystnej.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacjami oraz wyjaśnieniami, oferty złożone w części 1 i 2 postępowania, w szczególności ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 grudnia 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu

posiedzenia i rozprawy w dniu 28 grudnia 2023 r.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego sprawy wnioski dowodowe Odwołującego załączone przy odwołaniu, tj.:

1. oświadczenie TUiR WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 6 grudnia 2023 r.;

2. umowę z dnia 26 października 2023 r. o udzielenie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej;

3. wniosek o udzielenie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej z dnia 26 października 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Wykonawca składając ofertę w danej części postępowania zobowiązany jest wnieść wadium w następującej wysokości:

- dla części 1 – 33 000,00 zł

- dla części 2 – 15 000,00 zł

2. Wykonawca wnosi wadium 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. Ustawy PZP.

3. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

4. Wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) 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 2023 poz. 462).

5. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy: Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych w Gdyni 14 1440 1387 0000 0000 1764 0798 z dopiskiem: „Wadium w postępowaniu nr ZBILK.IZ.MK.241.P.16.2023 dla części ……”

6. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

7. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 4 pkt 2–4, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

8. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

9. Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

10. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

11. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

12. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.

1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa

w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i ust.2, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

13. W ofercie należy wskazać numer konta na który Zamawiający będzie mógł zwrócić wadium wpłacone w pieniądzu.

14. Potwierdzeniem skutecznego wniesienia wadium będzie:

1) w przypadku wadium w formie pieniężnej - zaksięgowanie na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający zaleca, aby Wykonawca dołączył do oferty dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie pieniężnej;

2) w przypadku wadium w formie innej niż pieniężna – przekazanie oryginału dokumentu wadialnego (gwarancji lub poręczenia), wystawionego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (wystawców dokumentu).

W dniu 31 października 2023 r. upłynął termin składania w ofert. W części 1 zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, a w części 2 czterech wykonawców.

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję ubezpieczeniową nr 920036926951 z dnia 26 października 2023 r., w treści której czytamy m.in.:

„1. Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta postępowaniem o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na 'USŁUGĘ UTRZYMANIA CZYSTOŚCI W BUDYNKACH I NA TERENACH GMINNYCH ZARZĄDZANYCH PRZEZ ZARZĄD BUDYNKÓW I LOKALI KOMUNALNYCH W GDYNI" CZĘŚĆ 1 I 2. POSTĘPOWANIE NR: ZBILK.IZ.MK.241.P.16.2023 (zwanym dalej postępowaniem). Zgodnie z warunkami tego postępowania Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium.

2. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych 00/100) w tym część 1: 33 000,00 zł i część 2 15 00,00 zł., stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze

pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji."

W dniu 5 grudnia 2023 r. za najkorzystniejszą w części 1 zamówienia Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Clean-Task K. B., a w części 2 zamówienia ofertę wykonawcy GLANTZ II Sp.J. B. P., A. P. z siedzibą w Gdyni.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego z obu części zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca FIONER M. B. złożył wraz z ofertą, zgodnie z zapisami SWZ (Rozdział XX), wadium w postaci ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej NR 920036926666951 z dnia 26.10.2023 r. Po zbadaniu i ocenie treści niniejszej gwarancji Zamawiający uznał, iż błędnie wskazano kwotę wadium dla części 2 postępowania jn.: „Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w dokumencie ubezpieczeniowym, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych 00/100) w tym część 1: 33 000,00 zł i część 2 1 500,00 zł. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy dla części I i II."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie części nr 2 postępowania oraz podlegało oddaleniu w zakresie części nr 1 postępowania w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż jakkolwiek w odwołaniu Odwołujący przywołał szereg naruszeń przepisów ustawy Pzp zarzucanych Zamawiającemu, to jednak uzasadnienie odwołania wskazuje, iż osią sporu była czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2023 r., podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 i 2 postępowania, była błędnie wskazana kwota wadium dla części 2. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający akcentował, że wadium w obu częściach zamówienia nie zostało wniesione w odpowiedniej wysokości.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż 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. Po myśli art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ust. 2 art. 239 ustawy Pzp, najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Stosownie natomiast 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 w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać również należy, iż zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) [dalej „KC"], oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z kolei stosownie do § 2 art. 65 KC, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W ocenie składu orzekającego, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp uchybiała przepisom ustawy Pzp. Niewątpliwie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta kluczowe znacznie ma całościowa wykładania treści gwarancji, w tym wykładnia określonych w niej warunków. Ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem, treścią i zdarzeniami dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 KC) uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z dnia 29 listopada 2013 r., I CSK 90/13, OSNC-ZD 2015, nr 1, poz. 12).

Uwzględniając zatem całokształt okoliczności sprawy, w tym reguły wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 KC, Izba nie miała wątpliwości, że gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniesiona została w sposób prawidłowy, tj. na prawidłową kwotę w przypadku obu części postępowania, a dostrzeżona przez Zamawiającego nieprawidłowość w treści gwarancji wadialnej stanowiła oczywistą omyłkę pisarską gwaranta polegającą na pominięciu cyfry 0 przy zapisie liczbowym kwoty 15 000,00 zł (zgodnie z zapisem wynikającym z treści gwarancji „część 2 15 00,00 zł").

Dokonując wykładni gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego wskazać należy, iż z jej treści niewątpliwie wynika, że została ona udzielona dla części 1 i 2 postępowania. Dalej podać należy, iż w złożonym dokumencie wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej

sumy gwarancyjnej 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych 00/100) w tym część 1: 33 000,00 zł i część 2 15 00,00 zł, stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji. Zapis liczbowy i słowny sumy gwarancyjnej stanowiącej kwotę 48 000,00 zł nie budził żadnych wątpliwości. Analogicznie żadnych wątpliwości interpretacyjnych nie mogła budzić kwota wadium wniesionego w części 1 postępowania wynosząca 33 000,00 zł, odpowiadająca tym samym wymogom dokumentów zamówienia. Stanowisko Zamawiającego jakoby w części 1 postępowania, wadium nie zostało wniesione w odpowiedniej wysokości, było nieuzasadnione. Zamawiający nie wskazał żadnych wątpliwości interpretacyjnych dotyczących sposobu zapisu kwoty 33 000,00 zł. Nie przedstawił również własnej wykładni oświadczenia woli gwaranta złożonego w tym zakresie. Zamawiający w istocie w sposób nieuprawniony dostrzeżone w treści gwarancji wadialnej uchybienie dotyczące zapisu liczbowego kwoty wadium wniesionej dla części 2 i związane z tym skutki prawne przeniósł na część 1 postępowania, stanowiącą autonomiczną względem części 2, część postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do kwestii wadium wniesionego w zakresie części 2 postępowania zauważyć należy, iż zapis kwoty wadium przedstawiony przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego („w tym część 1: 33 000,00 zł i część 2 1 500,00 zł."), odbiegał od zapisu zawartego w treści gwarancji wadialnej („w tym część 1: 33 000,00 zł i część 2 15 00,00 zł."). Porównując obydwa zapisy uwagę zwraca odstęp pomiędzy cyfrą 1 i 5 w zapisie przedstawionym przez Zamawiającego oraz pomiędzy cyfrą 15 i 0 w zapisie wynikającym z treści gwarancji ubezpieczeniowej. Uwzględniając przyjęty przez gwaranta sposób zapisu kwot wynikający z treści gwarancji, tj. 48 000,00 zł oraz 33 000,00 zł, wyprowadzić można wniosek, że w dokumencie wadium popełniono oczywistą, widoczną na pierwszy „rzut oka", omyłkę pisarską polegającą na pominięciu cyfry 0 przy zapisie liczbowym kwoty 15 000,00 zł (zgodnie z zapisem wynikającym z treści gwarancji „część 2 15 00,00 zł"). Stosując reguły wykładni wynikające z art. 65 KC, w sposób prosty możliwe było

odtworzenie zamiaru stron co do wysokości wadium dla części 2 postępowania. Znając wysokość sumy gwarancyjnej dla obu części postępowania (48 000,00 zł), której zapis liczbowy i słowny nie budził jakichkolwiek wątpliwości, a także kwotę wadium wniesionego w części 1 (33 000,00 zł), która również nie wywoływała żadnych wątpliwości interpretacyjnych, w wyniku prostych działań matematycznych możliwe było obliczenie różnicy obu ww. kwot (15 000,00 zł).

W końcu wskazać należy, iż wola gwaranta w przedmiocie wysokości wadium udzielonego w zakresie części 2 postępowania została potwierdzona w złożonym przez Odwołującego materiale dowodowym, który nie został zakwestionowany przez Zamawiającego. W złożonym przez Odwołującego oświadczeniu z dnia 6 grudnia 2023 r.

gwarant wprost oświadczył, że „(…) naszą intencją było udzielenie gwarancji zgodnie z zapisami SWZ. Omyłkowo w treści gwarancji została błędnie wyszczególniona suma gwarancyjna dla części 2, zamiast: 15 000,00 zł., wskazano: 15 00,00 zł. Łączna wysokość zabezpieczenia, tj. 48 000,00 zł (słownie: czterdzieści osiem tysięcy złotych 00/100) została wskazana poprawnie a omyłka pisarska dotyczyła tylko wyszczególnionej wysokości zabezpieczenia dla części 2." Ponadto w dalszej części rzeczonego oświadczenia czytamy, że „W związku z powyższym, TUiR WARTA S.A. potwierdza, że w przypadku wezwania z gwarancji przetargowej nr 920036926951 złożonego przez Beneficjenta: Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych w Gdyni, 81-332 Gdynia, Ul. Kołłątaja 1, w związku z zajściem którejkolwiek z podstaw do zatrzymania wadium określonych w Ustawie z dn. 11 września 2011 r Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2023 r. nr 1605 z późn. zm.) wskazanych w treści niniejszej gwarancji, TUiR WARTA" S.A. uznałoby wezwanie, mimo nieprawidłowo wskazanej kwoty wadium dla części 2." Jednocześnie zamiar stron w przedmiocie wpisania w treści gwarancji kwoty 15 000,00 zł potwierdza treść wniosku o udzielenie gwarancji wadialnej oraz umowa o udzielenie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej.

W świetle powyższych okoliczności stanowisko Zamawiającego jakoby Odwołujący w zakresie części 2 postępowania wniósł wadium w nieodpowiedniej wysokości, tj. 1 500,00 zł, było sprzeczne z regułami językowymi oraz całościowym kontekstem faktycznym, w jakim gwarant złożył oświadczenie woli w zakresie przyjętego zobowiązania. Wskazać należy, iż gdyby gwarant chciał udzielić zabezpieczenia na kwotę tysiąca pięciuset złotych, to dokonałby zapisu zgodnego z zasadami matematycznymi (1 500,00 zł), a łączna suma zabezpieczenia opiewałaby na kwotę 34 500,00 zł, a nie kwotę 48 000,00 zł.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp potwierdził się i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego w tej części.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, bowiem stwierdzone w tej części naruszenie art. 226 ust. 1 ust. 14 ustawy Pzp pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W okolicznościach sprawy poza sporem było, że oferta Odwołującego w części 1 postępowania w świetle kryteriów oceny ofert plasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 postępowania. Wskazać należy, iż jakkolwiek odwołujący się Wykonawca w petitum odwołania podniósł, iż oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, to nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności fatycznych uzasadniających zasygnalizowaną kwestię. Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie pogląd, iż to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Kluczowa jest przede wszystkim podstawa faktyczna, która powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przestawić argumentację, dlaczego dana okoliczność narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczyć mają o naruszeniu przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 22 września 2023 r. sygn. akt: KIO 2516/23). W świetle powyższego stwierdzone w części 1 postępowania naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie Odwołujący sformułował szereg zarzutów w petitum odwołania dotyczących części nr 1 i 2 postępowania. Jak już wskazano powyżej Izba uznała, że oś sporu koncentrowała się wokół rozstrzygnięcia legalności decyzji Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w obu częściach postępowania na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie części nr 2 postępowania oraz nie uwzględniła zarzutów dotyczących części nr 1 z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego i Odwołującego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł. Wobec powyższego Izba

zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba nie zaliczyła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1300 zł, bowiem faktura potwierdzająca poniesione koszty wpłynęła po zamknięciu rozprawy (por. art. 552 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia).

Przewodniczący: ……..