

Sygn. akt: KIO 1125/15

WYROK
z dnia 10 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r. przez **wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** przy udziale **wykonawcy ALSTOM POWER Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o., ul. Paprotna 12A, 51-117 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1125/15

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont turbiny i generatora bloku nr 2 w Elektrowni Dolna Odra. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 stycznia 2015 r. pod pozycją 2015/S 009-011826.

W postępowaniu tym wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) w dniu 28 maja 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- zaniechania czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty (treści gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium), pomimo powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do jej treści,
- wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na nie wniesienie wymaganego wadium, pomimo że oferta odwołującego została zabezpieczona wymaganym wadium,
- odrzucenia oferty odwołującego jako konsekwencji wykluczenia odwołującego z postępowania,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, pomimo że zamawiający powziął w stosunku do niej uzasadnione wątpliwości i w efekcie w oparciu o te wątpliwości dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący zabezpieczył złożoną ofertę wymaganym wadium,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przepisów ustawy Pzp w sposób nad wyraz sformalizowany i wypaczający podstawowe cele postępowania i tym samym skutkujący nadużyciem prawa,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, pomimo że odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł następujące okoliczności:

I. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w treści gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, pomimo przedmiocie że zamawiający powziął w stosunku do niej uzasadnione wątpliwości i w efekcie w oparciu o te wątpliwości dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania

Odwołujący zwrócił uwagę na treść zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym zamawiający wskazuje, że *w ocenie Zamawiającego taki zapis w treści bankowej gwarancji wadialnej, wywołuje co najmniej uzasadnione wątpliwości (...)*. W ocenie odwołującego, to stwierdzenie jest kluczowe dla niniejszej sprawy, bowiem wprost wskazuje, że zamawiający powziął *uzasadnione wątpliwości* co zakresu zabezpieczenia wadium ustanowionego gwarancją bankową (a więc jej poprawności), nie zaś pewność w tym zakresie. W takiej sytuacji oczywistym wydaje się, zdaniem odwołującego, że zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia powziętych *uzasadnionych wątpliwości*, nie zaś w oparciu o nie podejmować w postępowaniu czynności tak istotne, jak wykluczenie odwołującego. Co do zasady, jak zauważył odwołującym, zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych przy podejmowaniu decyzji i czynności bazować powinni na pewnych ustaleniach, nie zaś na *uzasadnionych wątpliwościach*.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty, w tym również treści gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, która stanowi jej element. Oczywistym i bezdyskusyjnym jest, w opinii odwołującego, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Niemniej jednak w sytuacji, w której od wyjaśnienia określonych treści w ofercie zależy podjęcie przez zamawiającego tak doniosłych czynności, jak wykluczenie danego wykonawcy z postępowania, w szczególności jeżeli czynność ta dotyczy wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą (w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert) ofertę, materializuje się konieczność skorzystania z tego uprawnienia. Odwołujący zauważył, że pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, która w wyroku z dnia 15 lutego 2013 r. jednoznacznie stwierdziła, że u zamawiającego *u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Korzystając z tego prawa zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których*

możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z SIWZ, dlatego też nie może pozostawiać żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych (sygn. akt KIO 214/13). Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. wyrok nie jest stanowiskiem odosobnionym. Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09), w którym, jak wskazał, skorzystanie z prawa do wyjaśnień uznano niemalże za obowiązek zamawiającego. Zdaniem KIO, *zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmieni one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach zamawiający powinien uznać za bezskuteczne/nieważne.*

W ocenie odwołującego, powyższe oznacza, że zamawiający korzystając z instrumentów przewidzianych w ustawie Pzp mógł skutecznie wyjaśnić powstałe wątpliwości i nie podejmować tak istotnych dla postępowania czynności w oparciu jedynie o *uzasadnione wątpliwości*.

Odwołujący wskazał przy tym, że przedłożona przez niego wraz z ofertą gwarancja bankowa zabezpieczała wadium od początku uczestnictwa odwołującego w postępowaniu, czyli od chwili złożenia oferty. Zdaniem odwołującego, znamionym jest w tej sytuacji to, że

zamawiający pomimo istnienia *uzasadnionych wątpliwości* co do jej treści, wzywał odwołującego do przedłużenia jej ważności, co oznacza, że badał ten dokument w toku postępowania, a pomimo tego nie skorzystał z przysługujących mu instrumentów, mogących rozwiązać powstałe *uzasadnione wątpliwości*.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący zabezpieczył złożoną ofertę wymaganym wadium

W ocenie odwołującego, naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp polega na nieprawidłowym uznaniu, że istnieją wątpliwości co do tego, czy gwarancja bankowa, którą odwołujący przedstawił na potwierdzenie wniesienia wadium, obejmuje swym zakresem wszystkie przypadki określone w art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp, podczas gdy z treści ww. gwarancji jednoznacznie wynika, że znajduje ona zastosowanie we wszystkich sytuacjach wymienionych w powyższych przepisach. Przyczyną wątpliwości zamawiającego było niezastosowanie reguł wykładni oświadczeń woli, określonych w art. 65 § 1 i 2 KC, podczas gdy z dyspozycji tych przepisów jasno wynika, że znajdują one zastosowanie m.in. przy ustalaniu treści gwarancji bankowej. Bezdyskusyjnym wydaje się, zdaniem odwołującego, że w toku każdego postępowania o udzielenie zamówienia

4

publicznego zamawiający dokonują czynności prawnych, co do których zastosowanie mają nie tylko przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.), gwarancja bankowa to *„jednostronne zobowiązanie banku — gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.”*

Jak wskazał odwołujący, z art. 84 Prawa bankowego wynika, że do gwarancji bankowych stosuje się przepisy KC. Kluczową kwestią dla określenia, jakie reguły wykładni mają zastosowanie do gwarancji bankowej ma określenie, czy dokument ten stanowi jednostronne oświadczenie woli banku, czy też umowę, w rozumieniu KC. Odwołujący stanął na stanowisku, iż gwarancja bankowa jest umową, a nie jednostronną czynnością prawną, w związku z czym ma do niej zastosowanie zarówno art. 65 § 1, jak i art. 65 § 2 KC. Główną podstawą takiego twierdzenia stało się istnienie dwustronnego stosunku obligacyjnego pomiędzy beneficjentem a wystawcą gwarancji. Pogląd ten, jak wskazał odwołujący, należy uznać za dominujący zarówno w doktrynie prawa bankowego, jak i w orzecznictwie. Tytułem ilustracji odwołujący przytoczył następujące stanowiska:

„Artykuł 81 ust. 1 PrBank zawiera — językowo niefortunnie sformułowane — określenie „gwarancja bankowa”. Pojęciem tym posługują się też inne przepisy ustawy, w których nazwa „umowa gwarancji bankowej” w ogóle nie występuje. Jest to przejaw tradycyjnie stosowanej w prawie bankowym konwencji językowej. Polega to na określaniu, występujących w ramach działalności bankowej, umów cywilnoprawnych poprzez oznaczenie charakterystycznego świadczenia banku („udzielanie kredytów, poręczeń, pożyczek”, „prowadzenie rachunków”, „przechowywanie przedmiotów wartościowych”). W tej właśnie konwencji mieści się określenie „udzielenie gwarancji” i unormowania PrBank dotyczące „gwarancji”, a nie „umowy gwarancji”.

Ta niefortunna redakcja sugeruje, iż ustawa definiuje stosunek obligacyjny, a jeśli już czynność prawną - to raczej jednostronną. Mimo wspomnianych wątpliwości dominuje pogląd, iż stosunek gwarancji bankowej powstaje w wyniku umowy między bankiem a beneficjentem. Podobne stanowisko zajmuje orzecznictwo. Jednakże i ono posługuje się skrótowym określeniem „gwarancja bankowa”, a wywody uzasadnień koncentrują się przede wszystkim na stosunku zobowiązaniowym powstającym w wyniku umowy gwarancji” -

J. Panowicz Lipska [red.] Prawo Zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa

5

„Mówiąc bowiem o gwarancji w znaczeniu, które aktualizuje się w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, a więc o tzw. gwarancji samoistnej, należy mieć na uwadze pewien empiryczny typ nienazwanych kodeksowo umów cywilnoprawnych, polegających na zabezpieczeniu ewentualnych roszczeń beneficjenta w stosunku do zleceniodawcy — wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 1996 r., sygn. akt: II CRN 38/96.

„Gwarancja jest umową zawieraną w zasadzie przez przyjęcie przez beneficjenta złożonej przez gwaranta oferty i może być umową odpłatną w sytuacji w której sam beneficjent płaci gwarantowi prowizję.” - wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2004 r., sygn. akt I CK 102/03.

„Umowie gwarancji ubezpieczeniowej - podobnie jak w przypadku umowy gwarancji bankowej - towarzyszą zazwyczaj dwa dodatkowe stosunki prawne: tzw. stosunek podstawowy pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem - beneficjentem gwarancji oraz umowa zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej zawierana pomiędzy dłużnikiem ze stosunku podstawowego albo osobą trzecią i zakładem ubezpieczeń - gwarantem” - wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 22 maja 2014 r., sygn. akt: IACa 1436/13.

Odwołujący zauważył, że określenie, że gwarancja bankowa jest nie tylko oświadczeniem woli, ale również umową, ma kluczowe znaczenie, gdyż oznacza, że (zgodnie z art. 65 KC) jej treść należy nie tylko: „tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało oświadczenie woli złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”, ale również, że przy ustalaniu jej treści „należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”.

Powyższe wynika z faktu, jak wskazał odwołujący, że „reguła interpretacyjna zawarta w art. 65 § 2, chociaż sformułowana jedynie w odniesieniu do umów, znajduje zastosowanie do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie [por. uz. uchw. SN (7) z 29.6.1995 r., III CZP 66/95, OSN 1995, Nr poz. 168, a także Z. Radwański, Wykładnia 1992]”, w tym do „wykładni oświadczeń woli zawartych w gwarancji bankowej - wyr. SN z 21.11.1997 r. (1CKN 825/97, OSN 1998, Nr 5, poz. 81 z glosę A. Szpunara, OSP 1998, Nr 5, poz. 93)” (tak T. I red. Pietrzykowski 2015 wyd. 8/Safjan, komentarz do art. 65 KC, Legalis).

Odwołujący stwierdził ponadto, że okoliczność, że gwarancja bankowa podlega wykładni w trybie art. 65 KC jest bezdyskusyjna w orzecznictwie KIO. Wskazał, że z utrwalonej linii orzeczniczej KIO jednoznacznie wynika, że treść gwarancji bankowej nie może być ustalana wyłącznie w oparciu o jej literalne brzmienie, ale odkodowanie jej treści wymaga odwołania się do celu, jakiemu miała służyć oraz okoliczności jej udzielenia.

6

Na potwierdzenie powyższej tezy odwołujący przytoczył orzeczenia KIO zastrzegając, iż ma świadomość, że część przedstawionych wyroków odnosi się do gwarancji ubezpieczeniowej, a nie bankowej, jednak z uwagi na podobieństwo obu instrumentów, uwagi odnoszące się do jednego z rodzajów gwarancji, będą miały zastosowanie również do drugiego, z nich.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., w którym Izba stwierdziła, że „Niepełne przytoczenie pkt 3 ust. 5 art. 46 ZamPublU przez pominięcie sformułowania „po stronie wykonawcy” pozostaje bez wpływu na skuteczność wniesionego wadium. Wskazać należy, że ustawa ZamPublU nie wymaga przytoczenia w treści gwarancji wszystkich przesłanek zatrzymania wadium (...) niewątpliwa wola stron, treść gwarancji, jak też okoliczności złożenia oświadczenia woli bez wątplenia świadczą o tym, iż pominięcie w § 2 ust. 2 gwarancji sformułowania „po stronie wykonawcy” stanowi omyłkę pisarską, która nie stanowi o nieskuteczności wniesionego przez odwołującego wadium, z uwagi na pozostałą, opisaną powyżej, treść gwarancji, w pełnym stopniu zabezpieczającą interesy zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że nieuprawnionym byłoby wywodzenie z oświadczeń złożonych w gwarancji treści oderwanych od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.”. Za najistotniejsze odwołujący uznał stwierdzenie KIO, iż „Izba stwierdziła, że dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego, w tym 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. W ocenie Izby, w stanie faktycznym niniejszej sprawy niewątpliwym jest, że zamiarem stron (gwaranta Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. oraz odwołującego) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego. Izba wzięła pod

uwagę okoliczność, iż z treści gwarancji jednoznacznie wynika, że celem udzielonej gwarancji jest wniesienie wadium.” (sygn. akt KIO 1645/12).

Jak zauważył odwołujący, w wyroku KIO z dnia 10 maja 2011 r. Izba stwierdziła, że gwarancja przedstawiona przez wykonawcę na potwierdzenie wniesienia wadium podlega wykładni w trybie art. 65 § 1 i 2 KC, oraz że wykładnia ta obejmuje m.in. odwołanie się do kontekstu sytuacyjnego udzielenia gwarancji: „Konsekwencją zaliczenia przez ustawodawcę gwarancji ubezpieczeniowych do umów jest zaś konieczność odwołania się do reguł wykładni oświadczenia woli, o których mowa w art. 65 KC. Wskazany przepis daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób”.

„Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, iż odkodowanie sensu gwarancji

7

ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli.”

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała, że nazbyt formalna, literalna i przez to oderwana od rzeczywistego zamiaru stron wykładnia treści gwarancji wadialnej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego:

„Przyjęcie koncepcji przeciwniej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi.” (sygn. akt KIO 883/11).

Podobne stanowisko KIO zajęła w wyroku z dnia 13 marca 2012 r.:

„Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, zastrzegając, iż zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. Z tej skromnej regulacji Prawa bankowego dotyczącej gwarancji wynika wniosek, iż precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, działającego na polecenie zleceniodawcy (wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu), który powinien działać według wskazówek zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego oznacza, co do zasady, możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej.” (sygn. akt KIO 401/12).

Analogiczny pogląd został zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 31 lipca 2012 r., dotyczącym niejasności, co do treści tłumaczenia gwarancji wadialnej:

„Nie można również zapomnieć, że na podstawie art. 14 ZamPublU do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Zatem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) Kodeks cywilny, w szczególności przepis art. 65 § 1, który stanowi wykładnię oświadczenia woli. Przepis art. 65 KC stanowi, iż „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” (sygn. akt KIO 1507/12).

8

Odwołujący szukając odpowiedzi na pytanie jak dalece treść dokumentu gwarancji może być interpretowana w wyniku wykładni przytoczył wypowiedzi orzecznictwa i doktryny. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r.:

„Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który

pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. (...) Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 KC). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej).” (sygn. akt IV CSK 95/07).

Odwołujący zwrócił uwagę na sformułowaną przez Sąd Najwyższy koncepcję racjonalnego działania uczestników obrotu prawnego. Koncepcja ta, w ocenie odwołującego zakłada, że strony dokonują czynności prawnych świadomie, z zamiarem wywołania określonego rezultatu. Dokonując wykładni ich oświadczeń woli należy odrzucić te interpretacje, których przyjęcie prowadziłoby do wniosku, że dany uczestnik obrotu prawnego działa w sposób nielogiczny, zatem pozbawiony sensu. W kontekście niniejszego zarzutu oznacza to konieczność przyjęcia, że zarówno odwołujący, jak i wystawca gwarancji wiedząc, czemu ma służyć ten dokument, oraz znając przepisy prawa i postanowienia SIWZ, ukształtowali ją w taki sposób, by obejmowała swym zakresem wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp. Przeciwny wniosek nie dałby się bowiem pogodzić z koncepcją racjonalnego działania odwołującego oraz Banku Pekao S.A.

Odnosnie metod wykładni odwołujący wskazał na konieczność uwzględnienia tzw. „kontekstu sytuacyjnego”, oraz pojmowania oświadczenia woli jako całości i przyjmowania takiej interpretacji, która nie będzie prowadziła do wewnętrznej sprzeczności w treści czynności prawnej. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że nie można przyjąć, że z jednej strony bank potwierdza, że wystawia gwarancję na potrzeby spełnienia warunków udziału w tym konkretnym postępowaniu, a z drugiej nie rozciąga treści gwarancji bankowej na wszystkie, wymagane przez zamawiającego okoliczności. W ocenie odwołującego, jedyną interpretacją nieprowadzącą do sprzeczności w treści gwarancji, było przyjęcie, że gwarancja obejmuje wszystkie okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp,

9

czemu nie przeczy brak enumeratywnego wymienienia tych okoliczności w treści dokumentu. Odwołujący podkreślił, że ustawa Pzp, ani żaden inny akt prawny, ani nawet SIWZ, nie wymaga, by treść gwarancji wadialnej stanowiła dosłowne powtórzenie art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp. Za wystarczające należy uznać, zdaniem odwołującego, by gwarancja obejmowała swą treścią wszystkie okoliczności wskazane w tych przepisach, co ma miejsce, jak zauważył, w niniejszym przypadku.

Odwołujący podkreślił, że przy ustalaniu treści gwarancji wadialnej nie można pominąć kontekstu sytuacyjnego, jaki towarzyszył jej zawarciu. W przedmiotowym postępowaniu kontekst ten obejmuje zamiar spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co nie pozwala na nadanie gwarancji innego znaczenia (oczywiście, jeżeli nie stoi to w sprzeczności z jej literalnym brzmieniem), niż to, że czyni ona zadość wymogom określonym przez zamawiającego. Za koniecznością uwzględnienia kontekstu zawarcia umowy Sąd Najwyższy wypowiedział się również w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r.: „Jeżeli wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron. Na tym etapie wykładni ma także znaczenie zachowanie się stron po zawarciu umowy oraz w trakcie jej wykonywania.” (sygn. akt V CSK 474/07).

Tożsame znaczenia dotyczące wykładni oświadczeń woli prezentuje również doktryna prawa cywilnego:

„Wszelkie oświadczenia woli należy tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostały złożone, nie istnieje więc żaden uniwersalny schemat interpretacyjny dla ustalenia znaczenia poszczególnych elementów oświadczenia. Ten sam zwrot może znaczyć co innego w różnym kontekście. Interpretacja ta nie jest jednak poddana arbitralnej ocenie podmiotu składającego oświadczenie woli, ale uzależniona jest w danych okolicznościach od zewnętrznych, zobiektywizowanych kryteriów, które tworzą przede wszystkim zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” - K Pietrzykowski [red.] Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1, Wyd. 8, Warszawa 2015 r.

„Przy interpretowaniu każdego oświadczenia woli w postaci językowej należy uwzględnić również kontekst sytuacyjny („okoliczności”, o których mówi art. 65 § 1 KC). Elementów tego

kontekstu nie sposób wymienić w sposób wyczerpujący (zob. np. wyr. SN z 29.1.2002 r., V CKN 679/00). Chodzi m.in. o:

- 1) towarzyszące wypowiedzi ustnej komunikaty pozawerbalne (gesty, mimika, intonacja), pozwalające niekiedy rozstrzygnąć o istnieniu zamiaru wywołania skutku prawnego;
- 2) miejsce i czas złożenia oświadczenia, wskazujące często na aktualnie pełnioną rolę

10

społeczną osoby składającej oświadczenie (por. art. 97 KC);

3) dotychczasową praktykę stron (np. treść i sposób realizacji ich wcześniejszych umów) oraz ich kontakty poprzedzające złożenie interpretowanego oświadczenia (np. przebieg negocjacji), które mogą ułatwić rozstrzygnięcie wątpliwości co do przyjętego przez nie znaczenia słów wieloznacznych (natomiast użycie w złożonym oświadczeniu woli innych słów niż w projekcie jest jednoznacznym wyrazem zmiany zamiaru stron).”-

P. Machnikowski [red.] Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 6, Warszawa 2014 r.

Odwołujący stanął na stanowisku, że interpretacja przedstawionej przez odwołującego gwarancji bankowej, dokonana w oparciu o art. 65 § 1 i 2 KC, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że gwarancja obejmuje swym zakresem wszystkie okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp. Poza argumentami przytoczonymi powyżej, za powyższą konkluzją przemawiają również, jak zauważył odwołujący, następujące argumenty:

Okoliczności udzielenia gwarancji bankowej zostały wprost wskazane w treści tego dokumentu. Analizowana gwarancja została udzielona: „W związku ze złożeniem przez firmę Ethos Energy sp. z o.o., ul Paprotna 12 A, 51-117 Wrocław, zwaną dalej „Wykonawcą”, oferty w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Was (postępowanie nr GEK/FZR- ELD/17637/2014/PMR7/1391) na „Remont turbiny i generatora bloku nr 2 w Elektrowni Dolna Odra”.

Odwołujący stwierdził, że w treści gwarancji wskazano, że dokument ten dotyczy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie, został ukształtowany w ten sposób, by spełniać wymogi odnoszące się do tego rodzaju gwarancji wynikające zarówno z ustawy Pzp, jak i z SIWZ.

W ocenie odwołującego gwarancja bankowa jest dokumentem, który powinien być interpretowany jako całość. Odwołujący wskazał, że każdy element gwarancji został przez strony, profesjonalistów dokonujących czynności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej ukształtowany jako element całości (jaką jest gwarancja bankowa) i nie może być pomijany czy też oceniany odrębnie, przy ustalaniu treści tego dokumentu. Dokonując wykładni tej części gwarancji, która określa jej zakres, należy mieć w pamięci przytoczone powyżej postanowienie, odnoszące się do celu i okoliczności sporządzenia analizowanego dokumentu. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w treści gwarancji napisano, że pokrywa ona przypadki niewywiązania się przez odwołującego z obowiązków wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, po czym następuje wyliczenie tych przypadków. Dokonując wykładni treści tego dokumentu zgodnej z celem i okolicznościami jego sporządzenia należy przyjąć, zdaniem odwołującego, że wystawcy gwarancji (tj. bankowi Pekao S.A.) chodziło

11

o generalne odwołanie się do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, a wyliczenie konkretnych przypadków ma charakter przykładowy i nie wyczerpujący. Powyższa interpretacja byłaby, jak zauważył odwołujący, niedopuszczalna, gdyby stała w sprzeczności z literalnym brzmieniem gwarancji. Taka okoliczność jednak nie zachodzi, bowiem ogólne odwołanie się do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie wyklucza późniejszego, niewyczerpującego, wymienienia okoliczności wymienionych w tym przepisie.

Odwołujący zgodził się, że treści gwarancji nie można uzupełniać po upływie terminu składania ofert. Należy jednak zwrócić uwagę, że wszystkie powyższe rozważania odnoszą się do pierwotnego brzmienia gwarancji i nie stanowią jej jakiegokolwiek modyfikacji. Proces dokonany przez odwołującego jest jedynie procesem interpretacji, który siłą rzeczy należy uznać za dopuszczalny, gdyż wynika z ogólnych zasad wykładni i dotyczy każdej czynności prawnej. Odwołujący przyznał też, że treść gwarancji bankowej nie może być interpretowana w sposób liberalny. Powyższe twierdzenie wymaga jednak uzupełnienia o definicję wykładni liberalnej. W ocenie odwołującego, nie ma takiej definicji i to, co będzie liberalnym, rozszerzającym rozumieniem znaczenia przepisu lub czynności prawnej

określają w danym przypadku okoliczności. Zdaniem odwołującego, wykładnia dokonana przez odwołującego (a która powinna również zostać dokonana przez zamawiającego) znajduje solidne oparcie nie tylko w orzecznictwie i doktrynie, ale przede wszystkim w przepisach i treści analizowanego dokumentu, w związku z czym w żadnym razie nie może zostać uznana za liberalną.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie przepisów ustawy Pzp w sposób nad wyraz sformalizowany i wypaczający podstawowe cele postępowania i tym samym skutkujący nadużyciem prawa

Odwołujący wskazał, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, zamawiających oprócz przepisów ustawy Pzp, obowiązują również inne powszechnie obowiązujące przepisy. Wskazuje na to wprost art. 14 ustawy Pzp określający zasady stosowania przepisów KC do czynności zamawiających i wykonawców podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do których nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp w Rozdziale 2 określa ogólne zasady udzielania zamówień. Charakter zawartych w Rozdziale 2 ustawy Pzp przepisów wskazuje, że są to klauzule generalne czyli przepisy prawne, w których nie są dokładnie sprecyzowane wszystkie elementy składające się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, a ocena konkretnego stanu faktycznego zostaje przerzucona na organ stosujący prawo. Jak wskazuje SN w wyroku z dnia 29 marca 1979 r. (sygn. akt: III CRN 59/79) *Istotą i funkcją klauzul generalnych w prawie cywilnym jest możliwość uwzględnienia*

12

w ocenie różnego rodzaju okoliczności faktycznych, które nie mogą - w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego - być według jakiegoś schematu mającego walor bezwzględny oceniane raz na zawsze i w sposób jednakowy. Rozdział 2 ustawy Pzp określa kluczowe i nadrzędne zasady udzielania zamówień publicznych, niemniej jednak nie oznacza to, że tylko i wyłącznie te zasady znajdują zastosowanie zarówno do samego udzielania zamówień publicznych jak i prowadzenia postępowań poprzedzających ich udzielenie.

Jak zauważył odwołujący, w Rozdziale 2 ustawy Pzp nie wskazano na zasadę odpowiadającą swojej treścią i funkcją zasadzie wyrażonej w art. 5 KC, czyli tzw. zasadzie nadużycia prawa. Jednak mając na uwadze dyspozycję art. 14 ustawy Pzp, dochodzi się do wniosku, że skoro przepisy ustawy Pzp nie określają innych reguł w tym zakresie, zasada określona w art. 5 KC znajduje zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jak wskazuje doktryna, *Przepis jest potwierdzeniem równości stron - uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Jest to istotne, ponieważ doświadczenia gospodarki nakazowo-rozdzielczej oraz przyzwyczajenia urzędnicze mogłyby wprowadzać niekiedy do zamówień publicznych niepotrzebne elementy administracyjnego zarządzania. Sama ustawa zresztą, zawierając przepisy odmienne od KC, stara się zapewnić równowagę pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.* - J. Pieróg. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015.

W ocenie odwołującego, czynności podjęte przez zamawiającego (zwłaszcza czynność wykluczenia odwołującego z postępowania), pomimo że sprawiają wrażenie zgodnych z przepisami ustawy Pzp, w istocie stanowią nadużycie prawa. Zdaniem odwołującego, zamawiający całkowicie zaniechał jakichkolwiek czynności, które mogłyby prowadzić do wyjaśnienia i dokonania prawidłowej wykładni przedłożonej wraz z ofertą odwołującego gwarancji bankowej. Co więcej, zamawiający zaniechał tych czynności, pomimo że powziął w stosunku do tego dokumentu *uzasadnione wątpliwości*. Jednocześnie zamawiający (pozornie trzymając się reguł ustawy Pzp) dokonał najdalej idącej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Wykonawca wskazuje, że już nawet pomijając konieczność dokonania prawidłowej wykładni treści przedłożonej gwarancji bankowej czy też wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia jej treści, zamawiający nie podjął żadnych działań, które pozwoliłyby mu na rozwianie powstałych wątpliwości. Odwołujący stwierdził, że nie znajduje w przepisach ustawy Pzp normy, która zabraniałaby zamawiającemu chociażby zwrócenia się do wystawcy gwarancji bankowej o potwierdzenie ustalonego zabezpieczenia wadium. Świadczy to o tym, w ocenie odwołującego, że zamawiający nie był tak naprawdę zainteresowany spełnieniem podstawowych celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (czyli realizacji celu publicznego poprzez wybór wykonawcy, który złożył

13

najkorzystniejszą ofertę), a jedynie dążeniem do zachowania poprawności własnych czynności z przepisami ustawy Pzp (odczytywanymi w oderwaniu od innych obowiązujących przepisów). Dokonanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o *uzasadnione wątpliwości*, świadczy nie o dążeniu do zachowania poprawności postępowania, a raczej o dążeniu do wykluczenia jakichkolwiek wątpliwości czy też zarzutów co do działania zamawiającego. Nie należy zapominać, że sama realizacja zamówienia publicznego ma charakter cywilistyczny, tj. zakłada równość podmiotów (zamawiającego i wykonawcy), które dążą do osiągnięcia wspólnego celu - realizacji danego zamówienia. Tymczasem zamawiający poprzez nad wyraz sformalizowane podejście do interpretacji przepisów ustawy Pzp zdaje się wypaczać ten charakter i stanowi w ocenie odwołującego nadużycie prawa, czyli takie jego wykorzystanie, które jest sprzeczne z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem.

IV. Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, pomimo że odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu

Jak zauważył odwołujący, w przypadku prawidłowego działania zamawiającego czynność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej ukształtowałaby się zupełnie inaczej. Wynika to z faktu, że gdyby zamawiający w wyniku ww. naruszeń ustawy Pzp nie dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania, oferta odwołującego podlegałaby ocenie w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert. Wedle wiedzy odwołującego, w takim wypadku oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący stwierdził, że dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem jednej z ofert niepodlegającej odrzuceniu stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu zabezpieczenia wadium, które zostało ustalone złożoną wraz z ofertą gwarancją bankową,
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

14

W dniu 9 czerwca 2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz treść gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, iż wymagania w zakresie wadium zamawiający sformułował w Rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wskazał m.in. wysokość wadium (pkt 3), termin wniesienia wadium (pkt 5), jak również określił, że wadium złożone w formie innej niż pieniężna musi w swej treści zawierać oświadczenie o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający zastrzegł też, że gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie (pkt 9). Ponadto, w Rozdziale XIII pkt 14 zamawiający wskazał, że zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy

15

w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Dodatkowo, w Rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający uregulował wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustalając jego wysokość na 10% wartości umowy brutto.

Izba ustaliła również, że odwołujący złożył gwarancję wadialną nr DDF/13771/2015 z dnia 27 stycznia 2015 r. wystawioną przez Bank Polska Kasa Opieki S.A., w której stwierdzono, iż „W związku ze złożeniem przez EthosEnergy Sp. z o.o. (...) oferty w przetargu (...) na Remont turbiny i generatora bloku nr 2 w Elektrowni Dolna Odra (...) my, Bank Polska Kasa Opieki S.A. (...) zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłacenia Wam każdej kwoty do łącznej wysokości: 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100) na Wasze pierwsze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane oraz Wasze pisemne oświadczenie, że Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, tj. będą poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub
 - b) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie,
- 2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

W dniu 18 maja 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nie wniesienie w terminie wymaganego wadium. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta odwołującego została uznana za odrzuconą. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający

16

zwrócił uwagę, że gwarancja nie wskazuje na przypadek, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a więc przypadek nieprzedstawienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie zamawiającego, taki zapis w treści bankowej gwarancji wadialnej wywołuje co najmniej uzasadnione wątpliwości co do tego, czy w razie ewentualnego niewniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy (a konieczność wniesienia zabezpieczenia jest w tym postępowaniu przewidziana), zamawiający jako beneficjent będzie mógł skutecznie skorzystać w tym zakresie z przedłożonej gwarancji wadialnej.

Na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz

z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z kolei zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba zważyła, że gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie klienta. Bank oświadcza, że, zgodnie z jej treścią, zaspokoi przyjmującego gwarancję beneficjenta, jeżeli zleceniodawca nie wywiąże się wobec niego z umownych zobowiązań. Celem gwarancji jest dodatkowe zapewnienie jej beneficjentowi wykonania umowy przez kontrahenta. Gwarancja bankowa musi zatem dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty.

W przedmiotowej sprawie niesporne jest, iż zamawiający wymagał złożenia wadium zabezpieczającego wszystkie okoliczności wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Po analizie treści gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego Izba stwierdziła, iż nie zabezpiecza ona interesów zamawiającego w sytuacji, gdyby odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Pzp, dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy Pzp, ale również możliwe jest

17

odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13). Okoliczności warunkujące obowiązek zapłaty na rzecz beneficjenta nie muszą być zatem powtórzeniem treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, jednak powinny one w sposób nie budzący wątpliwości określać obowiązki banku.

Przywołanie w treści spornej gwarancji art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie zmienia faktu, iż gwarant następnie przytoczył okoliczności, co do których udziela gwarancji, nie wymieniając okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, tj. okoliczności nie przedstawienia przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Takie sformułowanie gwarancji nie daje podstaw do przyjęcia, iż gwarancja zabezpiecza roszczenia zamawiającego wykraczające poza jednoznaczne zobowiązanie banku.

Wywodzenie z treści gwarancji przesłanek rozszerzających obowiązki gwaranta w sposób nie znajdujący wyraźnego oparcia w treści gwarancji narażałoby zamawiającego na niemożność uzyskania środków z gwarancji w przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do twierdzeń odwołującego, iż możliwe jest zastosowanie wykładni oświadczeń woli przewidzianej w art. 65 KC, jednak dokonanie takiej wykładni nie może prowadzić do uzupełnienia treści gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Zapewnienia, iż gwarancja wadialna zabezpiecza również zamawiającego na wypadek, gdyby odwołujący nie wniósł wymaganego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie można wyinterpretować wyłącznie z celu, w jakim odwołujący przedmiotową gwarancję przedłożył.

Izba uznała, że wskazany przez odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może w przedmiotowym stanie faktycznym znaleźć zastosowania, bowiem dotyczy on merytorycznej treści oferty, której gwarancja wadialna nie stanowi. Gwarancja służy zabezpieczeniu oferty. Gwarancja wadialna nie stanowi również dokumentu podlegającego uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem przepisy te przewidują możliwość uzupełnienia bądź wyjaśnienia wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wyjaśnienia treści gwarancji na innej podstawie, bowiem skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego

powinna wynikać w sposób jednoznaczny i pewny z treści dokumentu gwarancji.

Izba nie stwierdziła też, aby działanie zamawiającego cechowało się zbyt dużym formalizmem. Wskazać należy, że samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się formalizmem, który zobowiązuje zamawiającego do określonego działania przy

18

zaistnieniu danych okoliczności. Postępowanie zamawiającego wykraczające poza reguły ustawy Pzp skutkowałyby wadliwością podjętych działań i mogłoby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba zważyła ponadto, że zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego, wszelkie wyjaśnienia treści gwarancji złożone po tym terminie, w tym oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie, nie mogą odnieść skutku. Co więcej, zgoda na uzupełnienie treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert skutkowałaby naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

19