

Sygn. akt: KIO 765/13

Sygn. akt: KIO 784/13

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – śuraw

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2013 r.** w Warszawie w odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Primbox Trailers sp. z o.o., Firma Wanicki sp. z o.o., ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław**

B. w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Zasław TSS Sp. z o.o. sp. k., ul. Krakowska 140, 34-120 Andrychów**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Zasław TSS Sp. z o.o. sp. k., ul. Krakowska 140, 34-120 Andrychów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 765/13 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawcy **Auto-Hit S.A., ul. Oświęcimska 323, 43-100 Tychy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 765/13 i 784/13 po stronie zamawiającego,
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Primbox Trailers sp. z o.o., Firma Wanicki sp. z o.o., ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 784/13 po stronie odwołującego.

orzeka:

A. sygn. akt KIO 765/13

1. oddala odwołanie,

1

-
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Primbox Trailers sp. z o.o., Firma Wanicki sp. z o.o., ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Primbox Trailers sp. z o.o., Firma Wanicki sp. z o.o., ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Primbox Trailers sp. z o.o., Firma Wanicki sp. z o.o., ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Jednostki Wojskowej 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń**, kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 784/13

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Auto-Hit S.A., ul. Oświęcimska 323, 43-100 Tychy** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem okoliczności podanych w uzasadnieniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Jednostkę Wojskową 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zasław TSS Sp. z**

o.o. sp. k., ul. Krakowska 140, 34-120 Andrychów tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego **Jednostki Wojskowej 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń**, na rzecz wykonawcy **Zasław TSS Sp. z o.o. sp. k., ul. Krakowska 140, 34-120 Andrychów** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

3

Sygn. akt KIO 765/13
Sygn. akt KIO 784/13

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Dostawa przyczep transportowych średniej i dużej ładowności, nr referencyjny P/03/IW/13”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, przy czym zamówienie podzielone zostało na 2 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2013/S 010-012455 z dnia 15 stycznia 2013 roku.

Sygn. akt KIO 765/13

W dniu 4 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Primbox Trailers sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Opolska 188, 52-014 Wrocław (lider); Firma Wanicki sp. z o.o. z siedzibą w Mogilanach, ul. Myślenicka 19, 32-031 Mogilany (dalej „Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki”) od niezgodnej przepisami ustawy Pzp czynności/zaniechania Zamawiającego polegającej na wyborze oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz z najkorzystniejszej niewykluczeniu postępowania wykonawcy AUTO- HIT S.A., ul. Oświęcimska 323,43-100 Tychy (dalej „AUTO-HIT S.A.”) i nieodrzczeniu oferty złożonej przez AUTO- HIT S.A..

Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wskazywał, że został powiadomiony o wyniku postępowania w dniu 27 marca 2013 roku.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki zarzucał:

- 1) rażące naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AUTO-HIT

4

S.A. oraz zaniechanie odrzucenia złożonej przez AUTO-HIT S.A. oferty, pomimo że wskazany Wykonawca wniósł wadium sprzeczne z ustawą Pzp, bo wskazujące jako beneficjenta inną niż Zamawiający funkcjonującą Jednostkę Wojskową i do terminu upływu składania ofert, to jest do dnia 5 marca 2013 roku prawidłowego wadium nie

wniósł; zaś wniesienie nowego wadium po upływie terminu składania ofert (w postaci nowej gwarancji datowanej na dzień 19 marca 2013 roku) nie może konwalidować wniesienia nieprawidłowego wadium, gdyż dla oceny prawidłowości wniesienia wadium miarodajna jest data upływu terminu składania ofert;

- 2) rażąco naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie przez Zamawiającego w celu wyjaśnienia treści dokumentu wadium (w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 28 lutego 2013 roku) wniesionego przez AUTO-HIT S.A. w sytuacji gdy zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem KIO nie można wyjaśniać treści dokumentu wadium na podstawie powołanego przepisu, ponieważ nie to oświadczeń i dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (vide np. wyrok KIO z dnia 10.11.1011 roku, KIO 2334/11);

Wskazywał, że czynności podjęte przez Zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego bezpośrednio naruszają interes Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza, bowiem spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") oraz zawiera najniższą cenę z ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca AUTO-HIT S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona przez Zamawiającego. Wskutek zaniechania dokonania tych czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki możliwości uzyskania zamówienia, naruszając jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jednocześnie oczywistym jest, że Zamawiający pozbawiając Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki możliwości pozyskania tego zamówienia, powoduje u Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki powstanie szkody polegającej na niemożności osiągnięcia przychodu i zysku z tego zamówienia.

W oparciu o powyższe Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru ofert;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

5

-
- 4) wykluczenie AUTO - HIT S.A. w Tychach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24.ust. 4 ustawy Pzp. oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto wnosil o:

- 1) dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do niniejszego odwołania;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wskazywał, że Zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 4620 - prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę przyczep transportowych średniej i dużej ładowności. Termin składania i otwarcia ofert został ostatecznie ustalony na dzień 5 marca 2013 roku. Zgodnie z punktem XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") warunkiem udziału w przetargu było wniesienie wadium w formie i na zasadach wynikających z art. 45 ustawy Pzp W myśl punktu IX. Ust. 5 SIWZ wykonawca którego oferta nie zostanie zabezpieczona wadium zostanie wykluczony z postępowania.

Wykonawca AUTO HIT S.A. dołączył do swojej oferty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej dnia 28 lutego 2013 roku nr 280000063724 przez Sopotckie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. w Sopocie, która to gwarancja jako beneficjenta wskazywała Jednostkę Wojskowa nr 4220. Tymczasem Zamawiający to - jak wskazano wyżej - Jednostka Wojskowa nr 4620. Wskazana w gwarancji Jednostka Wojskowa nr 4220 jest czynną jednostką budżetową i ma siedzibę w Ustce.

dowód: kopia wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000063724 z 28.02.2013 roku - Załącznik Nr 3:

Pismem z dnia 19 marca 2013 roku Zamawiający zwrócił się do AUTO-HIT S.A. w trybie art. 87 ustawy Pzp m.in. o wyjaśnienie treści gwarancji w zakresie wskazanego w niej beneficjanta. W odpowiedzi AUTO- HIT przedstawił wystawiony przez gwaranta w dniu 19 marca 2013 roku aneks to gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000063724 z 28.02.2013 roku stanowiący de facto nowy dokument gwarancyjny, tym razem wskazujący prawidłowo jako beneficjenta gwarancji Zamawiającego.

dowód:

1) kopia pisma Zamawiającego do AUTO - HIT - Załącznik Nr 4:

6

-
- 2) wystawiony w dniu 19 marca 2013 roku aneks do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000063724 z 28.02.2013 roku - Załącznik Nr 5:
3) oświadczenie zarządu spółki AUTO - HIT - Załącznik Nr 6:

Pismem z daty 26 marca 2013 roku Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania, iż najkorzystniejszą ofertę złożył AUTO-HIT S.A.

dowód: zawiadomienie o wyniku postępowania, nr referencyjny P/03/W/13 z dnia 26 marca 2013 roku - Załącznik Nr 7:

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w sposób wyczerpujący wyrażoną m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 stycznia 2012 roku (KIO 63/12): „Instytucja „wadium” pełni bardzo istotną rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem narzędzie zabezpieczenia zamawiającego przed czynnościami wykonawcy, które mogłyby spowodować negatywne dla zamawiającego skutki (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.). Względy te legły u podstaw regulacji, zgodnie z którą wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 p.z.p.). Chodzi bowiem o to, aby zabezpieczyć interes zamawiającego (zabezpieczenie to musi być niewątpliwe i odpowiadać wszelkim wymaganiom zamawiającego) wraz z upływem terminu składania ofert. Ten moment jest również istotny dla oceny poprawności wniesienia wadium. Oznacza to, iż czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można bowiem dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu (składania ofert), jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna. (...) kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 p.z.p. i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia (KIO/UZP 202/09) i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 p.z.p. (...) Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie

7

składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej - jak stwierdziła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Z powyższego wynika, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie

wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. Wobec rygorystycznego traktowania przez ustawodawcę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę. (...) nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta. Ocena prawidłowości złożonego wadium następuje wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie, po upływie terminu składania ofert. Konieczność oceny prawidłowości złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom wadium, na podstawie dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium."

Powyżej przytoczone uwagi odnoszą się wprawdzie do gwarancji bankowej instytucji regulowanej - jako czynność bankowa - ustawą prawo bankowe, nie mniej są one także miarodajne przy wadium wnoszonym, jak w niniejszej sprawie przez AUTO - HIT S.A. w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Jak bowiem wskazała KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2012 roku (KIO 150/12) „w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium należy rozumieć wystawienie przez zakład ubezpieczeń (gwaranta) listu gwarancyjnego (dokument gwarancji), z którego wynika obowiązek gwaranta do wypłaty beneficjentowi oznaczonej kwoty w określonych okolicznościach i okresie, zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, co pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium w każdym momencie prowadzonego postępowania, poczynwszy od upływu terminu składania ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie - fakt wniesienia

8

wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę."

W realiach niniejszej sprawy dokument wadium wniesionego na etapie składania ofert przez AUTO - HIT S.A. nie spełnia powyższych wymogów, albowiem nie wskazuje w sposób prawidłowy beneficjenta wadium - to jest Zamawiającego, a nie ulega wątpliwości, że (nawet mimo braku ustawowych elementów gwarancji ubezpieczeniowej) wskazanie beneficjenta takiej gwarancji jest obok sumy gwarancyjnej i okresu ważności gwarancji jednym z jej fundamentalnych elementów przesadzającym o jej ważności. Tymczasem z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000063724 wystawionej na zlecenie AUTO - HIT S.A. dnia 28 lutego 2013 roku wynika, że beneficjentem gwarancji jest Jednostka Wojskowa o numerze 4220 i w konsekwencji tylko ta a nie żadna inna jednostka wojskowa uprawniona będzie do wystąpienia z żądaniem jej realizacji. W przypadku budżetowej jednostki wojskowej indywidualizacja następuje poprzez nadania jej numeru; numer spełnia zatem tak istotną funkcję jak nr REGON przypadku przedsiębiorcy czy PESEL w przypadku osób fizycznych. Inny numer jednostki wojskowej to zatem automatycznie inna jednostka wojskowa, a nie jak próbuje nieudolnie wyjaśnić to zarząd AUTO - HIT S.A. jedynie „oczywisty błąd drukarski” nie wpływający na prawidłowe zidentyfikowanie beneficjenta gwarancji. Innymi słowy z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej dołączonego przez AUTO - HIT do oferty wynika, że Zamawiający nie będzie uprawniony do skorzystania w tej gwarancji, ERGO - że przedmiotowa gwarancja w ogóle nie zabezpiecza Zamawiającego w postępowaniu przetargowym. Co istotniejsze Jednostka Wojskowa 4220, na rzecz której gwarancja została wystawiona, jest jednostką faktycznie istniejącą znajduje się w Ustce przy ul. Lądowo - Osiedle 1 N. Nawet zatem gdyby przyjąć, że Zamawiający mógł być, posługując się regulami wykładni oświadczeń woli, próbować dokonać wykładni oświadczenia woli gwaranta objętego dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000063724 wystawionej na zlecenie AUTO - HIT S.A. dnia 28 marca 2013 roku w zakresie osoby jej beneficjenta to i

tak wykładnia taka nie mogłaby doprowadzić do wniosku, że w istocie, mimo niewłaściwego numeru jednostki wojskowej jej beneficjentem i tak jest Zamawiający. Wręcz przeciwnie - znany Zamawiającemu z urzędu fakt istnienia Jednostki Wojskowej nr 4220, (która dodatkowo - jak wynika ze strony internetowej tej jednostki także występuje jako zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) wskazanej w dokumencie gwarancji jako jej beneficjent - przemawia przeciwko potraktowaniu użytego w dokumencie wadium zwrotu „Jednostka Wojskowa 4220” jako oczywistej omyłki pisarskiej. Poza wszystkim należy wszak pamiętać, że wykładania woli tego typu jednostronnych oświadczeń podmiotów trzecich nie będących uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być dokonywana ze szczególną ostrożnością tym bardziej, że ewentualne „potknięcia” przy wykładni oświadczenia woli gwaranta rzutować mogą na

9

sytuację Zamawiającego. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 10 listopada 2011 roku (KIO 2334/11) *„Wadium może podlegać wykładni jak każde oświadczenie woli, niemniej jednak podstawy do interpretacji muszą być nie budzące wątpliwości (można wyobrazić sobie zaistnienie innych podobnych, stanów faktycznych, np. dwa wadia wniesione w tym samym czasie, oznaczone tymi samymi numerami postępowań, wadia w różnej wysokości, do których przypisano błędne numery - każda taka sytuacja podlegałaby osobnej, samoistnej ocenie)”*. W tej sprawie brak nie budzących wątpliwości podstaw do interpretacji, a wręcz przeciwnie - fakt, że wskazana w gwarancji Jednostka Wojskowa 4220 istnieje wątpliwości rodzi i przemawia przyjęciu liberalnego poglądu prezentowanego przez AUTO- HIT S.A., iż w gwarancji wystąpiła „oczywista pomyłka drukarska w numerze jednostki wojskowej”. Świadomość w tym zakresie miał Zamawiający, który dostrzegłszy błędne oznaczenie beneficjenta gwarancji (słusznie) nie dokonał wykładni we własnym zakresie. W takim przekonaniu utwierdza dodatkowo fakt, że wystawca gwarancji wystawił - już po upływie terminu do składania ofert - nowy dokument gwarancyjny - tak bowiem należy odczytywać wystawienie w dniu 19 marca dokumentu zatytułowanego jako „aneks do gwarancji nr 280000063724 wystawionej dnia 28 lutego 2013 roku”. Jednoznacznie świadczy to o tym, iż na podstawie gwarancji wystawionej w dniu 28 lutego 2013 roku Zamawiający na próżno występowałby do gwaranta z żądaniem realizacji gwarancji. Skoro wszak w ocenie wystawcy gwarancji fakt wpisania jako beneficjenta innej jednostki wojskowej niż Zamawiający powodował konieczność wystawienia nowego dokumentu z prawidłowo tym razem określonym beneficjentem, to świadczy to jednoznacznie o tym, iż wystawca gwarancji nie zrealizowałby jej na żądanie Zamawiającego. W przeciwnym razie zbędnym byłoby składanie przez wystawcę dodatkowych oświadczeń woli objętych pismem z dnia 19 marca 2012 roku. Rzecz jednak w tym, że - zgodnie z powołanymi wyżej poglądami Krajowej Izby Odwoławczej - fakt wystawienia błędnej gwarancji (jako formy wadium) nie może być konwalidowany po upływie terminu do składania ofert i w związku z tym wady gwarancji obciążają wykonawcę, nawet jeśli są przez niego niezawinione i oferta AUTO – HIT S.A. winna zostać odrzucona. Na każdym uczestniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie ustawy Pzp spoczywa szereg obowiązków, wśród których jest także wniesienie wadium, które realnie zabezpieczy interesy Zamawiającego. Realizacją tego obowiązku jest m.in. sprawdzenie poprawności dokumentu wadium przed jego złożeniem u Zamawiającego, tym bardziej, że w niniejszej sprawie dokument gwarancyjny został wystawiony 28 lutego br. a złożony dopiero wraz z ofertą w dniu 5 marca br. Poza tym w kontekście oświadczenia złożonego przez zarząd AUTO - HIT S.A. o błędzie drukarskim zawartym w opisie beneficjenta gwarancji na marginesie warto jednakże wskazać, że podstawę udzielania gwarancji (czy to bankowej czy to ubezpieczeniowej) stanowi umowa zlecenia udzielenia gwarancji jaką zawiera wykonawca z gwarantem (bankiem czy

10

towarzystwem ubezpieczeń), a która reguluje skutki niewykonania czy nienależytego wykonania obowiązku gwaranta, a właśnie taki przypadek wystąpił w odniesieniu do gwarancji nr 280000063724 wystawionej w dniu 28 lutego na zlecenie AUTO - HIT S.A.

Skoro oświadczenie objęte dokumentem gwarancyjnym wskazujące innego beneficjenta niż Zamawiający, nie spełnia wymogów wadium w rozumieniu art. 45 ustawy

Pzp, to z tej przyczyny oferta AUTO - HIT S.A. podlegała odrzuceniu. Na etapie składania ofert Zamawiający nie był bowiem należycie zabezpieczony na wypadek sytuacji, o których mowa w art. 46 ustawy Pzp.

Reasumując, Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wskazywał, że z uwagi na brak wskazania w gwarancji wadium w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych Zamawiającego jako beneficjenta gwarancji należy uznać, iż wadium nie zostało wniesione, zatem oferent podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp albowiem oferta AUTO - HIT S.A. nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium.

W tym stanie rzeczy Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wnosił jak powyżej.

Dnia 4 kwietnia 2013 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 8 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawcy AUTO-HIT S.A., w którym wnosił o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego oraz przedstawiał szczegółową argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Dnia 8 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wykonawcy ZASŁAW TSS sp. z o.o. sp.k., ul. Krakowska 140, 34-120 Andrychów, domagając się uwzględnienia odwołania.

Dnia 8 kwietnia 2013 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia w terminie 3 dni od daty doręczenia wezwania braków formalnych odwołania w postaci pełnomocnictwa dla lidera odwołującego się Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki oraz odpisu z KRS członka Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki.

11

Izba ustaliła, że braki odwołania zostały uzupełnione w terminie.

Dnia 15 kwietnia 2013 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której domagał się jego oddalenia oraz przedstawiał argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Sygn. akt KIO 784/13

W dniu 5 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ZASŁAW TSS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Krakowska 140 34-120 Andrychów (dalej "Odwołujący ZASŁAW TSS") w częściach 1 i 2, zarzucając decyzji Zamawiającego:

- 1) naruszenie podstawowej zasady ustawy Pzp wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp, nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez uznanie za najkorzystniejszą, w obydwu częściach, oferty złożonej przez AUTO - HIT S.A.;
- 2) naruszenie dyspozycji art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert sprzecznych z treścią SIWZ, a złożonych przez AUTO - HIT S.A. oraz Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki (w zakresie części 2);
- 3) naruszenie dyspozycji art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, tj. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy - AUTO - HIT S.A., który nie wniósł wadium; oferta wykonawcy wykluczonego winna zostać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
- 3) nieprawidłowe zastosowanie art. 87 ustawy Pzp polegające na wezwaniu do wyjaśnienia treści gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, podnosił zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 87 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do negocjacji i zmiany treści ofert przez Wykonawców po upływie terminu ich składania, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący ZASŁAW TSS wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenia ofert sprzecznych z treścią SIWZ, a złożonych przez AUTO - HIT S.A.

12

-
- oraz Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki;
 - 4) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego ZASŁAW TSS;
 - 5) dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia;
 - 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed KIO.

Wskazywał, że data zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty to 26 marca 2013 r.

Odwołujący ZASŁAW TSS podnosił, że jako uczestnik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, posiada interes w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania zgodnie ze zgłoszonymi żądaniami. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta Odwołującego ZASŁAW TSS zostanie uznana za najkorzystniejszą, tym samym Odwołujący ZASŁAW TSS może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazywał, że Zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 4620, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa przyczep transportowych średniej i dużej ładowności, w podziale na dwie części. Odwołujący ZASŁAW TSS złożył ofertę w obydwu częściach zamówienia. W dniu 26 marca 2013 roku Zamawiający poinformował Odwołującego ZASŁAW TSS o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dowód 1: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Na skutek analizy uzasadnienia czynności wyboru ofert oraz treści złożonych ofert Odwołujący ZASŁAW TSS doszedł do przekonania, że czynności oraz zaniechanie czynności do których Zamawiający był zobowiązany, w tym zwłaszcza zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki; oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty oraz wykonawcy AUTO - HIT S.A. naruszają obowiązujący porządek prawny, w szczególności przepisy ustawy Pzp, oraz uzasadniony interes Odwołującego ZASŁAW TSS, który złożył najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w obydwu częściach.

Zarzuty w zakresie oferty AUTO-HIT S.A.

Wykonawca AUTO - HIT S.A. wniósł ofertę nie zabezpieczywszy jej prawidłowym

13

wadium. Do oferty został załączony dokument „Wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) Nr 280000063724 z dnia 28.02.2013 r.” Z treści dokumentu wynika, że beneficjentem gwarancji jest Jednostka Wojskowa nr 4220, podczas gdy Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Jednostka Wojskowa nr 4620.

Dowód 2: kopia Gwarancji (str. 79 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2013 roku wezwał AUTO-HIT S.A. do wyjaśnienia treści złożonego wadium.

Dowód 3: kopia wezwania z dnia 19.03.2013 r.

AUTO - HIT S.A. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień poinformował, że w treści gwarancji została popełniona oczywista pomyłka drukarska, do wyjaśnień załączono Aneks nr 1 do Gwarancji, który nie został opatrzony datą jego wystawienia, a w którym wskazano prawidłową nazwę Zamawiającego.
Dowód 4: kopia wyjaśnień z dnia 20 marca 2013 roku.

Odwołujący ZASŁAW TSS podnosił, że ustawa Pzp szczegółowo wskazuje, w jakich okolicznościach i w jakim zakresie może dojść do zmiany treści dokumentów składających się na ofertę, a także jakie dokumenty podlegają wyjaśnieniu. Nie wymaga dodatkowej argumentacji (w ocenie Odwołującego ZASŁAW TSS) niedopuszczalność poprawiania oczywistych pomyłek drukarskich, bowiem katalog omyłek (a nie pomyłek), które może poprawić wyłącznie Zamawiający został wskazany w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w przepisie tym na próżno szukać pomyłek drukarskich. Abstrahując od wszelkich innych aspektów powyższej rozbieżności i niedopuszczalności przedkładania dokumentów niezawierających daty ich wystawienia, które co oczywiste skutkują wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp; należy podkreślić, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 87 ustawy Pzp, który nie znajduje zastosowania do wyjaśniania dokumentów potwierdzających wniesienie wadium. Pogląd taki znalazł wyraz w szeregu wyroków KIO. Warto przytoczyć np. wyrok KIO z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akr KIO/UZP 202/09): „*Na marginesie poczynionych wywodów, odnoście twierdzeń stron czynionych w pismach procesowym i w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia i wskazuje:*

- gwarancja wadialna nie jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp - tym samym nie znajduje do niej zastosowania dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp,
- potwierdzenie wniesienia wadium nie jest również częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia - nie znajduje więc do niej zastosowania dyspozycja art. 87

14

ustawy,

- wobec jasnej i jednoznacznej treści gwarancji, co do zakresu wyrażonego w niej zobowiązania banku-gwaranta, zamawiający nie musiał prowadzić żadnych dodatkowych postępowań wyjaśniających - nawet pomimo faktu, iż dla prowadzenia korespondencji z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego w jakimkolwiek zakresie, zamawiający nie potrzebuje żadnych podstaw prawnych, czy szczególnych trybów przewidzianych ustawą."

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. (sygn. KIO/UZP 160/09), gdzie odnosząc się do dodatkowego dokumentu wystawionego przez gwaranta Izba stwierdziła: „*Oświadczenie Gwaranta z dnia 27.01.2009 r. nie zmienia niniejszego stanu rzeczy, gdyż niedopuszczalne jest uzupełnienie treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert. Gwarancja wadialna nie jest bowiem ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie jest też pełnomocnictwem.*" Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 3 września 2008 r. (KIO/UZP 868/08): „*Podkreślenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestie wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełnienia po terminie składania ofert pomimo, że przepisy tej ustawy umożliwiają uzupełnianie innych dokumentów. Wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela nie mogą mieć charakteru sanującego błędną gwarancję ubezpieczeniową, gdyż zostały złożone po terminie składania ofert. Ponadto wskazać należy, że nie ma podstaw prawnych w ustawie Prawo zamówień publicznych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji".*

Gwarancja ubezpieczeniowa w odróżnieniu od gwarancji bankowej jest jak wskazał Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (I ACa 761/05) specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody

układania stosunków zobowiązaniowych; dlatego w doktrynie podkreśla się, że jej treść nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (tak też KIO w wyroku z 5 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1367/08). Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że treść gwarancji nie może budzić wątpliwości, np. w wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 62/09 Izba wskazała, że: „*Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej*

15

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08).” Należy podkreślić, że skoro treść gwarancji nie może budzić wątpliwości, gwarancja nie podlega także uzupełnieniu lub wyjaśnieniu to Zamawiający dopuścił się zaniechania czynności do której był zobowiązany, a to do wykluczenia AUTO-HIT S.A. z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy, bowiem jak wielokrotnie wskazywano „za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia, uznaje się nie tylko fakt niewniesienia wadium w ogóle, jak też wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy” (tak: KIO/UZP 594/10).

Odwołujący ZASŁAW TSS podnosił, że niezależnie od kwestii nie wniesienia prawidłowego wadium, treść ofert AUTO-HIT S.A. nie odpowiada treści SIWZ w swej warstwie merytorycznej - zaoferowane przyczepy posiadają inne wymiary niż wymagane w SIWZ.

W części 1 - przyczepy średniej ładowności AUTO-HIT S.A. zaoferował przyczepę o wysokości 3036 mm (-40) podczas gdy Zamawiający wymagał wysokości 3180 mm. Informacja o wysokości oferowanej przyczepy znajduje się na stronach 9 (Karta informacyjna przyczepy średniej ładowności) i 17 (Dane techniczne przyczepa średniej ładowności) oferty. W obydwu tych dokumentach wysokość została określona na 3036 mm(-40), wielkość ta została także potwierdzona na rysunku zamieszczonym na stronie 21 oferty. Dowód 5: kopia stron 9, 17 i 21 oferty AUTO - HIT S.A.

Zarówno wymaganie Zamawiającego (3180 mm) jak i oferowaną wielkość (3036mm(-40)) uznać należy za okoliczność bezsporną w świetle wezwania do wyjaśnień treści oferty i odpowiedzi AUTO - HIT S.A. (Dowód 2 i 3).

Treść wezwania i wyjaśnień AUTO -HIT S.A. z dnia 20 marca ma charakter negocjacji treści złożonej oferty, należy także uznać, że w wyniku tych negocjacji doszło do niedopuszczalnej modyfikacji treści oferty po upływie terminu jej składania, co stanowi rażące naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

Nawet gdyby uznać, że powyższa sprzeczność jest wynikiem omyłki (choć w ocenie Odwołującego ZASŁAW TSS jest to nieuprawnione, choćby dlatego, że Wykonawca konsekwentnie powielał ten element (wysokość) w 3 kolejnych dokumentach załączonych do

16

oferty), to na pewno nie ma ona charakteru oczywistego, a niedopuszczalnym jest negocjowanie treści oferty i zmiana w treści oferty po upływie terminu jej składania.

W części 2 - przyczepy dużej ładowności AUTO-HIT zaoferował przyczepę o: wysokości 3940 mm (-40) podczas gdy Zamawiający wymagał wysokości 3950 mm; szerokości 2550 mm(-40) podczas gdy Zamawiający wymagał szerokości 2500 mm. Powyższe dane zostały potwierdzone na stronach 13, 23 i 27 oferty. Dowód 6: Kopia stron 13, 23 i 27 oferty AUTO - HIT S.A.

W zakresie szerokości przyczepy także w tej części (w analogiczny do części 1 sposób) doszło do zmiany treści oferty, natomiast kwestia wysokości przyczepy została przez

Zamawiającego pominięta. Powołane wyżej argumenty dotyczące niedopuszczalności negocjacji i zmiany treści oferty pozostają aktualne także w odniesieniu do treści oferty AUTO - HIT S.A. złożonej w części 2. Na odrębne podkreślenie zasługuje pominięcie weryfikacji wysokości przyczepy, a także w tym zakresie sprzeczność oferty z treścią SIWZ jest bezsporna.

Zarzuty w zakresie oferty Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki

W części 1 Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki zaoferowało przyczepę o obrysie i wysokości przy burcie niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Także w tym przypadku doszło do zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Dowód 7: Kopia wezwania do wyjaśnienia oraz kopia wyjaśnień.

Oferta Konsorcjum została sklasyfikowana na 3 pozycji, podczas gdy oferta Odwołującego ZASŁAW TSS zajęła pozycję w wyniku oceny ofert dlatego Odwołujący ZASŁAW TSS odstępuje od szczegółowego uzasadnienia wskazując na rozbieżności, które są oczywiste i potwierdzone przez strony w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i samych wyjaśnieniach.

W części 2 Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki zaoferowało przyczepę, której obrys (skrajnia) jest niezgodna z IVECO STRALIS AT 260 S36Y/P.

W załączniku do SIWZ pn. WYMAGANIA EKSPLOATACYJNO-TECHNICZNE (dalej "WE-T") DOTYCZĄCE PRZYPYKÓW DUŻEJ ŁADOWOŚCI (część 2), który stanowił opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawarł wymagania w zakresie skrajni (pkt VII, str 18 SIWZ):

„Skrajnia - zgodna z pojazdem IVECO STRALIS AT260 S36Y/P oraz PN-K-02056:1970 - Tabor kolejowy normalnotorowy - Skrajnie statyczne.

Skrajnia kolejowa - zarys, poza który nie mogą wystawać żadne elementy taboru (skrajnia

17

taboru) i budowli (skrajnia budowli), aby umożliwić swobodny ruch pojazdów szynowych.

Skrajnie (skrajnia taboru mieści się w skrajni budowli) określają przestrzeń przeznaczoną tylko do poruszania się taboru kolejowego, wewnątrz której nie mogą się znajdować żadne elementy - także należące do sieci trakcyjnej prócz przewodu jezdni i jego wieszaków. Skrajnia określona jak wyżej oznacza tak skonstruowaną skrzynię ładunkową (stelaż opończy przyczepy) jak pojazd wskazany w WET.

Skrajnia B - dla linii zelektryfikowanych z siecią górą dla budowli istniejących, po uprzednim przygotowaniu przyczepy do transportu kolejowego (zdjęcie opończy i stelaża). Czas przygotowania do transportu kolejowego nie może przekroczyć 1 godziny"

Dowód 8: kopia str. 18 SIWZ.

Zaoferowana przez Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki przyczepa dużej ładowności nie odpowiada ani skrajni wskazanego modelu pojazdu IVECO, ani wskazanej skrajni kolejowej. Ponieważ w treści oferty skos opończy nie jest dokładnie zwymiarowany, na podstawie dostępnych danych Odwołujący ZASŁAW TSS przeanalizował oferowaną przyczepę i doszedł do stanowczego wniosku, że zarys pojazdu nie mieści się w skrajni kolejowej typu B wg PN-K-02056:1970.

Dowód 9: rysunek nr 1.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2012 r., o sygn. KIO 2012/12: „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego i opisanego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty,

a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Tym samym, w tym ujęciu, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczy przede wszystkim materialnej niezgodności świadczeń wymaganych i oferowanych."

18

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia dokładnie z taką niezgodnością, jaką opisuje Izba w powyższym wyroku. Nie ulega wątpliwości, że zaoferowane przyczepy nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia, a deklaracje Wykonawców dokonane w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień niezgodności tej nie usuwają co najwyżej zmierzają do zmiany treści zobowiązania ofertowego. Jedyne dopuszczalne ustawą Pzp zmiany treści oferty to te dokonywane przez Zamawiającego w wyniku poprawienia oczywistych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 (pisarska, rachunkowa, inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty). Skoro zatem Zamawiający żądał załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ, a treść tych dokumentów, zarówno w ofercie AUTO-HIT S.A. jak i Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki, nie tylko nie potwierdza że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ ale wskazują na oczywiste rozbieżności i sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia to oferty te winny zostać odrzucone. Dokonując czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, przy jednoczesnym zaniechaniu wykluczenia wykonawcy AUTO - HIT S.A. oraz zaniechaniu odrzucenia ofert AUTO-HIT S.A. i Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki Zamawiający nie dokonał poprawnej i rzetelnej oceny złożonych w postępowaniu ofert, przez co dopuścił się naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp, a odnoszących się do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W wyniku uchybienia przez Zamawiającego przepisom prawa naruszony został interes Odwołującego ZASŁAW TSS, poprzez uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia.

W oparciu o wyżej przytoczone argumenty natury faktycznej i prawnej Odwołujący ZASŁAW TSS wnosil jak we wstępie.

Dnia 8 kwietnia 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 11 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy AUTO-HIT S.A., który wnosil o oddalenie odwołania i przedstawiał argumentację odpierającą zarzuty.

Dnia 11 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki, w którym przystępowano do postępowania odwoławczego zarówno o stronie

19

Zamawiającego (w zakresie zarzutów dotyczących własnej oferty), jak i Odwołującego ZASŁAW TSS (w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy AUTO – HIT S.A.). W związku z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i niedopuszczalnością częściowego przystąpienia do postępowania odwoławczego po każdej ze stron Przystępujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki, oświadczył, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ZASŁAW TSS w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy AUTO - HIT S.A.

Dnia 15 kwietnia 2013 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie wraz ze szczegółową argumentacją.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod

uwagę stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 765/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono od niego wpis.

Na rozprawie Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki sprecyzował, iż wniesione przez niego odwołanie dotyczy obu części zamówienia, tj. części 1 i 2. W oparciu o powyższe stwierdzić należy, iż w odniesieniu do części 1 Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki nie spełnia materialno-prawnych przesłanek wniesienia odwołania przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, uzyskując 92,65 pkt. Na pozycji drugiej sklasyfikowano ofertę wykonawcy ZASŁAW TSS sp. z o.o. sp. k. (97,04 pkt). Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki nie podnosi żadnych zarzutów względem oferty wykonawcy ZASŁAW TSS sp. z o.o. sp. k., toteż nawet uwzględnienie odwołania w odniesieniu do wykonawcy AUTO - HIT S.A. pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania przez niego zamówienia w ramach tej części. Niespełnianie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje brakiem możliwości uwzględnienia odwołania w zakresie, w którym wymogi te nie są zachowane. Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki spełnia natomiast przesłanki powołane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wobec części 2 zamówienia, gdzie jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji (99,06 pkt). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu więc możliwość uzyskania zamówienia w części 2, której to możliwości na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

20

W ocenie Izby odwołanie podlega w całości oddaleniu. Wprawdzie zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy AUTO - HIT S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp są wspólne dla obu części zamówienia, jednak w odniesieniu do części 1 wystarczającą podstawę jego oddalenia stanowi niespełnienie materialno-prawnych wymogów wniesienia odwołania wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż podnoszone zarzuty nie znalazły potwierdzenia, co uzasadnia oddalenie odwołania także w zakresie części 2 zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki, iż wskazana w treści odwołania wada gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez AUTO - HIT S.A. tytułem wadium uzasadnia przyjęcie, iż wadium nie zostało przez tego wykonawcę wniesione, skutkując koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Po pierwsze należy zauważyć, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia wykonawcy jest m.in. niewniesienie wadium przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z orzecznictwem zakres zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obejmuje nie tylko brak wniesienia wadium, ale także sytuacje, które z niewniesieniem wadium można uznać za równoznaczne, tj. gdy wadium nie zostanie wniesione w wysokości określonej przez zamawiającego lub w dopuszczalnej przez ustawę Pzp formie, a także jeśli nie będzie stanowiło zabezpieczenia zamawiającego, a nadto, jeżeli zabezpieczenie nie będzie obejmowało wypadków wymienionych w przepisach ustawy Pzp. Powyższe wynika z charakteru przepisów regulujących instytucję wadium (*ius cogens*), jak i celu tej instytucji obejmującego zabezpieczenie zamawiającego w okolicznościach, o których mowa w ustawie Pzp (tak wyrok KIO z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11). Biorąc pod uwagę powyższe, a *contrario* nie każda wada wniesionego zabezpieczenia skutkować będzie koniecznością wykluczenia wykonawcy jako tego, który nie wniósł wadium. Niezbędne jest ustalenie, że Zamawiający nie będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać, a zatem, że wniesione wadium nie potwierdza faktycznego zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Zdaniem Izby powyższa okoliczność w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie została przez Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki wykazana. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego AUTO - HIT S.A., że omyłka pisarska polegająca na zmianie jednej cyfry w numerze Jednostki Wojskowej określającym

Zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy dla uznania nieskuteczności wnieśienia wadium. Słusznie podnosił Przystępujący AUTO - HIT S.A., iż poza powyższym błędnie określonym numerem Jednostki Wojskowej (przy czym warto nadmienić, iż błąd dotyczył jednej cyfry) wskazany został także adres tej Jednostki będący adresem Zamawiającego, kwota zabezpieczenia w odniesieniu do części 1 i 2 zgodna z wymaganiem

21

Zamawiającego, właściwy termin ustanowienia gwarancji, przedmiot i numer referencyjny postępowania. Wszystkie te dane określone zostały w sposób prawidłowy i nie pozostawiający w rezultacie żadnej wątpliwości co do tego, na czyją rzecz i w jakim postępowaniu gwarancja została udzielona. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że podanie błędnego numeru Jednostki Zamawiającego miało jedynie charakter oczywistej omyłki pisarskiej i tak też zostało prawidłowo potraktowane w dalszym procedowaniu przez Zamawiającego. Za powyższym wnioskiem przemawiają także dowody przedstawiane przez Przystępującego AUTO - HIT S.A., w tym kopia polisy nr 280000063724 z 28 lutego 2013 r. (numer tożsamy z dokumentem gwarancji), gdzie wskazano prawidłowy numer jednostki będącej Zamawiającym. Podobnie w skierowanym do ubezpieczyciela wniosku z 11 lutego 2013 r. o ofertę wystawienia gwarancji wadialnej wskazane zostały prawidłowe dane Zamawiającego, w tym właściwy numer Jednostki Wojskowej (4620). Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów, które pozwalałyby uznać, iż faktycznie istnieje realna możliwość uchylenia się przez ubezpieczyciela od wypłaty sumy gwarancyjnej z uwagi na błędne oznaczenie numeru Jednostki Wojskowej określającej Zamawiającego.

Iżba wskazuje, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy Pzp i art. 65 k.c. Iżba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna ze względu na fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi jednostronne oświadczenie woli gwaranta. Należy zauważyć, iż zgodnie z przepisem art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1151 ze zm.), czynnościami ubezpieczeniowymi, o których mowa w ust. 1 (tj. związane z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych) jest zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154, z późn. zm.5)), a także wykonywanie tych umów. Tym samym ustawa o działalności ubezpieczeniowej zalicza gwarancję ubezpieczeniową do kategorii umów. Jest to jedynie uprawnienie pozwalające zakładom ubezpieczeń na udzielanie gwarancji, nie przesądza jednak o jej treści. Należy zatem stwierdzić, że treść gwarancji ubezpieczeniowych kształtowana jest na zasadzie swobody umów, ukształtowanej w art. 353 (1) k.c. Oznacza to, że strony mogą same według swojej woli ukształtować treść łączącego je stosunku prawnego. Treść ta nie może być sprzeczna z obowiązującym prawem, właściwością stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego. Co do zasady przyjmuje się, iż

22

gwarancja ubezpieczeniowa jest umową trójstronną, w której zakład ubezpieczeń (gwarant) zaciąga własne zobowiązanie do zapłaty na rzecz podmiotu uprawnionego (beneficjenta) określonej w treści gwarancji kwoty w przypadku, gdyby osoba trzecia (zleceniodawca) nie spełniła swojego świadczenia. Gwarancja jest więc samoistnym zobowiązaniem gwaranta, jednak nie oznacza to, że gwarancja ubezpieczeniowa zmienia swój umowny charakter i staje się jednostronnym oświadczeniem woli. Ponadto charakter prawny gwarancji pozostaje w ocenie Izby bez wpływu na dopuszczalność jej wykładni jako oświadczenia woli. Dopuszczalność wykładni oświadczeń woli jednostronnych nie jest bowiem przez kodeks cywilny wyłączona. Przywołać należy brzmienie art. 65 k.c., zgodnie z którym: "§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się

na jej dosłownym brzmieniu". Tym samym treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie. Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Warto w tym zakresie przywołać fragmenty wyroku KIO 883/11 dotyczącego wykładni gwarancji ubezpieczeniowej na podstawie 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. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Jest to między innymi efekt spostrzeżenia, że osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast, w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w*

23

postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny. Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli". Także w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) Sąd Najwyższy orzekł, że *„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). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zreagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zreagowała umowę."* Potwierdzenie możliwości zastosowania art. 65 k.c. wyrażone zostało także w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. Sądu Apelacyjnego w Szczecinie sygn. akt I ACa 728/12, gdzie Sąd uznał: *"Sąd Odwoławczy nie ma wątpliwości, że przy wykładni postanowień gwarancji znajdują zastosowanie reguły interpretacyjne wynikające z art. 65 § 1 i 2 k.c., choć jednocześnie koniecznym jest uwzględnienie szczególnego charakteru tej instytucji, na co zwrócił uwagę już Sąd Okręgowy. Specyfika gwarancji ubezpieczeniowej przejawia się m.in. w tym, że strony nie uzgadniają postanowień umowy gwarancyjnej, gdyż to gwarant wystawia dokument gwarancyjny, który w niniejszym przypadku został dołączony do oferty uczestnika przetargu. Oczywiście jest, że skoro treść gwarancji nie była negocjowana*

między beneficjentem a gwarantem, to nie sposób jest się kierować się przy ustaleniu treści umowy kryterium zgodnego zamiaru stron. Tym samym zwłaszcza istota i cel takiego zobowiązania gwarancyjnego, jak słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji, powinna być uwzględniana przy wykładni treści postanowień gwarancji, czego nie może niweczyć tylko

24

względ na zastrzoną odpowiedzialność gwaranta „na pierwsze żądanie”. Sąd Apelacyjny podnosi, że rozłożenie akcentów w art. 65 § 2 k.c. oznacza, że argumenty językowe (gramatyczne) mają znaczenie drugorzędne i ustępują argumentom odnoszącym się do woli stron, ich zamiaru i celu umowy, choć jednocześnie nie sposób zupełnie pomijać literalnego brzmienia treści oświadczeń wyrażonej na piśmie. Opierając się więc li tylko na dosłownym brzmieniu § 2 ust. 2 przedmiotowej gwarancji, jak sugeruje to apelujący, można byłoby rzeczywiście dojść do wniosku, że wyłącznie wezwanie obejmujące w swej treści oświadczenie beneficjenta dotyczące przyczyn zatrzymania wadium zobowiązuje gwaranta do wypłaty sumy gwarancyjnej. Takie rozumienie treści gwarancji nie pozostawałoby jednak w zgodzie z istotą i celem zobowiązania gwarancyjnego, a te nakazują brać pod rozwagę dyrektywy wynikające z art. 65 k.c. Podkreślić trzeba, że takie stanowisko pozostaje w zgodzie z linią poglądów prezentowaną w judykaturze na tle odpowiedzialności gwarancyjnej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2005 r., III CK 155/04, LEX nr 371487; por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1992 r., III CZP 78/92, OSNC 1992/12/228), pomimo akcentowanego przez pozwanego dość ścisłego i rygorystycznego ujmowania jej przesłanek. Nie sposób jest się więc zgodzić z oceną apelującego i powołanym przez niego poglądem wyrażonym przez przedstawicieli literatury przedmiotu, albowiem pomijają one zupełnie dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 k.c. które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia, lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 k.c. dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od „jasnego” znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., II PK 281/09, LEX nr 602248; z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX nr 512012”).

Podnieść należy, że jako wystarczającą podstawę dopuszczalności wykładni dokumentu wadium przyjmuje się zasady prawa zamówień publicznych (tak w wyroku KIO z dnia 9 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 150/12). Tym samym choć słuszne jest stanowisko Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki o braku możliwości stosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jako podstawy prawnej wezwania do wyjaśnień odnośnie dokumentu wadium (podobnie zresztą jak art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokument wadium nie stanowi treści oferty, o której mowa w tym przepisie), to jednak prowadzenie takich wyjaśnień w celu ustalenia ewentualnej podstawy wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest wyłączone. Należy bowiem zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażonym w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X

25

Ga 23/07), przywoływanym w wyroku KIO 150/12, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Słusznie Izba w powyższym wyroku wskazywała, iż „Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp 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 podkreśla, iż formalizm – jak słusznie wskazał zamawiający – ma przede wszystkim gwarantować realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 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. Tym samym granice formalizmu zakreślone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 Pzp)".

Zdaniem Izby wykładnia spornej treści gwarancji prowadzi jednoznacznie do wniosku iż podnoszona wada ma charakter omyłki pisarskiej. Wszystkie pozostałe elementy gwarancji potwierdzają bowiem, iż celem wystawcy gwarancji było udzielenie zabezpieczenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak było to podnoszone powyżej, wskazano w prawidłowy sposób numer oraz przedmiot postępowania, adres Zamawiającego, kwotę gwarancji dla obu części zamówienia, jak również termin ważności gwarancji zgodny w wymogami przedmiotowego postępowania. Tym samym okoliczność, że istnieje Jednostka Wojskowa o numerze 4220 pozostaje zdaniem Izby bez istotnego znaczenia dla ewentualnej możliwości skutecznego uchylania się gwaranta od zapłaty sumy gwarancyjnej. Sam Odwołujący Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki przyznawał, że podmiot ten ma siedzibę w Ustce, a ponadto nie prowadził postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego ZASŁAW TSS Sp. z o.o. Sp. k. jakoby gwarancja była wystawiona na rzecz podmiotu nieistniejącego. Numer Jednostki Wojskowej nie jest jedynym elementem pozwalającym na określenie tożsamości beneficjenta gwarancji - jest nim niewątpliwie także adres, jak również dane samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego wniesiono zabezpieczenie. Należy wskazać, że także w orzecznictwie KIO uznaje się, że błąd w prawidłowym określeniu beneficjenta gwarancji nie przesądza ze swojej istoty o tym, że gwarancja jest wadliwa i wadium nie zostało wniesione (tak przywoływany wyrok KIO 883/11). Istotny jest brak możliwości skorzystania z wadium. Odmienne ocena błędnego określenia numeru Jednostki Wojskowej nie znajduje zatem uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a

26

także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Przyjęcie, że gwarant mógłby uchylić się od odpowiedzialności z powołaniem się na okoliczność, że gwarancja wystawiona została na rzecz innego podmiotu niż Zamawiający jest całkowicie nieprzekonywujące. Należy bowiem zauważyć, iż każdy pozostały element gwarancji należałoby wówczas uznać za wadliwy - adres, numer i przedmiot postępowania, termin i kwotę gwarancji. Bezsporne między stronami było bowiem, że Jednostka Wojskowa nr 4220 nie prowadziła ww postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się także 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 (wyrok SN z dnia 04.06.2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, niepubl.). W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu

S.A. Ponadto trzeba zauważyć, iż wada złożonego Przystępującego AUTO-HIT Zamawiającemu dokumentu gwarancji wywołana została błędem samego ubezpieczyciela (gwaranta). Zarówno polisa jak i wniosek o ofertę w sprawie udzielenia gwarancji podają prawidłowy numer Jednostki Wojskowej określający Zamawiającego. Uchylenie się od odpowiedzialności mogłoby zatem narazić ubezpieczyciela na potencjalne roszczenia odszkodowawcze zleceńodawcy. Zdaniem Izby nie można także podzielić wniosku Odwołującego Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki jakoby wystawienie aneksu do gwarancji potwierdzało, że dokument gwarancji był wadliwy w na tyle istotny sposób, że Zamawiający nie mógłby z wadium skorzystać. Takie rozumowanie zdaniem Izby jest zbyt daleko idące i nieuprawnione. Poprzez wystawienie aneksu do gwarancji ubezpieczyciel podjął jedynie próbę sanowania swojego błędu, co nie oznacza jednak *per se* potwierdzenia, że poprzedni dokument nie byłby uznany za wystarczający. Niezasadność tej tezy potwierdza także złożone przez AUTO - HIT S.A. oświadczenie gwaranta odnośnie ważności pierwotnie wystawionego dokumentu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie przywoływał takiej podstawy prawnej w treści wezwania do wyjaśnień. Odnośnie

dokumentu wadium opierał się na ogólnych zasadach związanych z wykładnią oświadczeń woli. Jak było to wskazane powyżej, żądanie wyjaśnień treści gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium jest w pełni dopuszczalne, toteż nawet podanie wadliwej podstawy

27

prawnej takiego wezwania w żaden sposób nie wpływa na skuteczność czynności wezwania do wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą.

Sygn. akt KIO 784/13

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Na rozprawie Odwołujący ZASŁAW TSS ograniczył zakres wniesionego odwołania tylko do części 1 zamówienia. Odwołujący ZASŁAW TSS złożył m.in. oświadczenie o cofnięciu zarzutów dotyczących Konsorcjum Primbox Trailers - Firma Wanicki, skutkiem czego w zakresie części 2, gdzie zajmował pozycję trzecią, nie spełniał przesłanek wniesienia odwołania powołanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem wycofał zarzuty względem oferty wykonawcy zajmującego pozycję drugą, utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając oświadczenie Odwołującego ZASŁAW TSS o ograniczeniu zakresu odwołania jedynie do części 1, Izba ustaliła, iż w tej części Odwołujący ZASŁAW TSS spełnia wymogi z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AUTO - HIT S.A., której treść w zakresie wysokości całkowitej pojazdu (przyczepy) jest niezgodna z wymaganiem Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby wykonawca był zobowiązany do wskazania w swojej ofercie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania WE-T, ale w WE-T nie określono takich parametrów jak wysokość i szerokość przyczepy. Jest to stanowisko wewnętrznie sprzeczne, gdyż skoro Zamawiający nie postawił wymogów odnośnie

28

wysokości całkowitej przyczepy, to wezwanie do wyjaśnień, w którym oczekiwał od wykonawców w tym Przystępującego AUTO-HIT S.A. potwierdzenia, że dostarczy on pojazd, który spełni wymagania karty katalogowej MECO EUROCARGO MLC 160E25/ZF w zakresie wysokości przyczepy (3180 mm) było bezprzedmiotowe. Brak takiego wymogu oznaczałby bowiem, że nawet zaoferowanie pojazdu, który z powyższym parametrem nie jest zgodny, nie stanowiłoby o niezgodności oferty z treścią SIWZ, skoro SIWZ (WET) określonej treści nie zawierała. Powyższe jest sprzeczne także ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, iż tylko wysokość 3180 mm zapewniała zgodność przyczepy z pojazdem MECO EUROCARGO MLC 160E25/ZF. Skoro zatem elementem tej zgodności jest zachowanie odpowiedniej wysokości przyczepy, co było przez Zamawiającego weryfikowane, niezgodność parametru zaoferowanego z wymogiem świadczy o niezgodności z samą SIWZ.

Odnosząc się do wymogów Zamawiającego należy stwierdzić, iż Zamawiający w SIWZ rozdział XIII „Sposób przygotowania oferty” w ust. 2 wymagał załączenia do formularza ofertowego wypełnionej karty informacyjnej stanowiącej załącznik do WE-T oraz dołączenia

katalogu opisującego przedmiot zamówienia. Należało zaznaczyć, w którym miejscu katalogu znajduje się potwierdzony parametr. Do oferty należało też załączyć oświadczenia i dokumenty wymienione w rozdziale IX SIWZ. W rozdziale IX w ust. 5e dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przedmiotowych w pkt 5.1. – Opisy techniczne producenta, katalogi instrukcje obsługi lub podobne materiały z oferowanym typem i modelem pojazdu. Wskazywano, że dostarczone materiały powinny zawierać informacje pozwalające Zamawiającemu określić, czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ. Tym samym niesłusznym jest stanowisko Zamawiającego, iż karata informacyjna nie była dokumentem wymagany – zgodnie z SIWZ stanowiła ona obligatoryjny element treści oferty. Rzeczywiście w WE-T wskazano, że przed przekazaniem pojazdów do użytkownika wykonawca jest zobowiązany do przekazania do Szefostwa Służby Czołgowo-Samochodowej Inspektoratu Wsparcia SZ na płycie CD lub pendrive wypełnionej karty informacyjnej stanowiącej załącznik do WE-T, jednak nie zmienia to wymogu załączenia karty informacyjnej jako elementu oferty – załącznika do formularza ofertowego. W karcie informacyjnej, której wzór przygotował Zamawiający w pkt 1.5 tiret trzecie należało podać wysokość samochodu/przyczepy.

Odnosnie natomiast podnoszonego przez Zamawiającego braku wymaganego parametru dotyczącego wysokości całkowitej przyczepy podnieść należy, że w WE-T w rozdziale VII „Wymagania w zakresie wymiarów gabarytowych oraz masy” w pkt 3 wskazywano „Skrajnia – zgodna z pojazdem IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF oraz PN-K-02056:1970 Tabor kolejowy normalnotorowy – Skrajnie statyczne”. Wskazano także

29

na definicję skrajni kolejowej. Ponadto podano, że „Skrajnia określona jak wyżej oznacza tak skonstruowaną skrzynię ładunkową (stelaż opończy przyczepy) jak pojazd wskazany w WE-T”. W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający udostępnił kartę katalogową pojazdu IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF, w której w pkt 1.5 tiret trzecie wysokość w mm podano bez obciążenia 3180 mm, z pełnym obciążeniem 3030 mm. Tym samym Zamawiający określił wymagania dla skrajni jako zgodne z pojazdem IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF, przy czym wymaganie to dotyczyło wymiarów. Zdaniem Izby pojęcie „zgodna z” należy interpretować jako „odpowiadającą wymogom pojazdu IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF, jednakową z tymi wymogami”. Sam Zamawiający z odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zgodność skrajni z pojazdem IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF ma związek z wysokością i szerokością przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający podnosił rozbieżność w ofercie AUTO – HIT S.A. co do deklaracji zgodności skrajni z pojazdem IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF w pkt 22 danych technicznych zawartych w ofercie tego wykonawcy oraz podanej w tych danych a także w karcie informacyjnej i na rysunkach wysokości przyczepy – 3036 (-40) mm. Ze stanowiska Zamawiającego wynika zatem że zgodność skrajni z pojazdem IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF jest zapewniona przy wysokości przyczepy 3180 mm, jak tego wymaga karta katalogowa pojazdu. Ponadto ani Zamawiający ani AUTO – HIT S.A. nie wykazali, że wymaganą zgodność skrajni zapewnia zgodnie z wymogiem SIWZ inny wymiar wysokości przyczepy, tj. podany w ofercie AUTO – HIT S.A. W ocenie Izby odwoływanie się do 3180 mm jako maksymalnego wymiaru, jak czynił to wykonawca AUTO – HIT S.A., nie znajduje oparcia ani w WE-T ani w karcie katalogowej IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF, gdzie podano tylko wysokość z obciążeniem i bez obciążenia. Ponadto sam Zamawiający na rozprawie potwierdził, że nie mógłby uznać za zgodną z SIWZ wysokości 3036 mm (-40 mm) jak to wynikało z oferty AUTO – HIT S.A. Także sam wykonawca AUTO – HIT S.A. wezwany do wyjaśnień nie polemizował z Zamawiającym co do wymaganej wysokości, lecz potwierdził zgodnie z żądaniem Zamawiającego, że dostarczy przedmiot zamówienia o wysokości 3180 mm, pomimo że z jego oferty wynikała inna wysokość. W wyjaśnieniach powołał się na ujęcie w ofercie danych innej przyczepy.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby przyjąć należy, że zaoferowany przedmiot musiał spełniać wymóg odnośnie wysokości przyczepy zgodnej z kartą katalogową pojazdu IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF - 3180 mm. Z oferty AUTO – HIT S.A. wynika, że zaoferowano pojazd o wysokości 3036 (-40) mm, co oznacza niegodność oferty z wymaganiem SIWZ. Zaoferowania przedmiotu niezgodnego z SIWZ z kolei wiąże się z koniecznością odrzucenia oferty, chyba że możliwe jest poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Należy podkreślić, iż nie ma

możliwości doprecyzowania treści oferty w drodze wyjaśnień, zwłaszcza gdy doprecyzowanie skutkuje faktyczną zmianą zaoferowanego przedmiotu świadczenia. Brak możliwości poprawienia oferty jako innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp eliminuje zatem wadliwą merytorycznie ofertę. Zauważyć należy, że Zamawiający takiej czynności nie dokonał. Zdaniem Izby nie zachodzą także podstawy dla jej dokonania, tj. dla uznania, iż istotnie podanie wymiaru miało charakter omyłkowy, niezamierzony przez wykonawcę. Wartość 3036 mm pojawia się we wszystkich dokumentach zawartych w ofercie – karcie informacyjnej, danych technicznych, rysunku. W żadnym z nich nie ma wzmianki o prawidłowym wymiarze. Swoje stanowisko o dopuszczalności zmiany tej danej z oferty Zamawiający wywodził z pkt 22 danych technicznych, gdzie wykonawca AUTO – HIT S.A. zapewnił o zgodności skrajni (obrysy plandeki) z IVECO EURO CARGO MLC 160E25/ZF oraz podaną normą. Z powyższego w żaden jednak sposób nie wynika, jak ową zgodność wykonawca AUTO – HIT S.A. pojmował. Skoro bowiem wskazał na nieprawidłowy wymiar wysokości, to nie musiało być dla niego oczywiste, że właściwa wysokość winna wynosić 3180 mm i taki przedmiot faktycznie zaoferował. Należy też zwrócić uwagę na stanowisko AUTO – HIT S.A., iż w ramach wskazanego w ofercie typu pojazdu PO-12T oferuje pojazdy o wysokości 3036 mm, toteż wskazana w wyjaśnieniach zmiana wysokości oznacza w istocie zaoferowanie innego pojazdu (przyczepy), a nie tylko doprecyzowanie błędnie podanego wymiaru wysokości. Stanowi zatem zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert zakazanej art. 84 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest zatem podstaw dla Zamawiającego dla przyjęcia, że celem wykonawcy było zaoferowanie pojazdu o wysokości 3180 mm, skoro literalna treść dokumentów ofertowych takiego zamiaru nie potwierdza. Brak jest zatem podstaw dla uznania omyłkowego charakteru parametru wysokości przyczepy. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp umożliwia poprawienie wad oferty o charakterze omyłek, co nie obejmuje jednak zmiany zaoferowanego przedmiotu zamówienia na inny zgodny z SIWZ. Słusznie też podnosił Odwołujący ZASŁAW TSS że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy do negocjacji czy zmian treści oferty, lecz do jej wyjaśniania, gdy treść ta jest niejednoznaczna. Biorąc pod uwagę powyższe, oferta AUTO – HIT S.A. w zakresie części 1 zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaoferowano przyczepę o wysokości niezgodnej z wymaganiem SIWZ.

Zdaniem Izby nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym Izba podtrzymuje argumentację w tym zakresie przedstawioną w niniejszym uzasadnieniu dot. KIO 765/13. Niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 87 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał w sposób wyraźny takiej podstawy prawnej w odniesieniu do żądanych informacji odnośnie treści gwarancji ubezpieczeniowej, a ponadto nawet gdyby ją powołał, naruszenie to nie miałoby wpływu na wynik postępowania.

31

Zamawiający jest bowiem uprawniony do wyjaśniania treści gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium w oparciu o ogólne zasady ustawy Pzp z uwzględnieniem reguł interpretacyjnych oświadczeń woli wynikających z art. 65 k.c. w celu dokonania wykładni spornej treści gwarancji.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego ZASŁAW TSS zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

.....

32

