

WYROK

z dnia 28 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2016 r. przez A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Krzeszowice w Krzeszowicach,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Krzeszowice w Krzeszowicach unieważnienie czynności wykluczenia A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa z postępowania o udzielenie zamówienia na remont mostu drogowego na rzece Krzeszówce w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice, a także powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem jego oferty;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Krzeszowice w Krzeszowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Krzeszowice w Krzeszowicach na rzecz A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Krzeszowice w Krzeszowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont mostu drogowego na rzece Krzeszówce w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych z 19.05.2016 r. pod poz. 127520.

W dniu 10.06.2016 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o odrzuceniu oferty A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa.

W dniu 14.06.2016 r. A.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Techniczno-Handlowe FORMAT A.K.” z Chrzanowa wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 Pzp oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„Pismem z dnia 10 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp tj. „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert”. Jednocześnie Zamawiający napisał, iż Wykonawca (Odwołujący się) przedstawił gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium z błędnym wskazaniem nazwy przedmiotowego postępowania. W treści gwarancji wpisano „Remont mostu drogowego na rzece Krzeszów w km 0+175 drogi gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice”. Zamawiający w przywołanym piśmie napisał również, że wadium nie podlega uzupełnieniu/wyjaśnieniu.

Odwołujący uważa, iż w ten sposób został naruszony jego interes prawny. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu ofertę spełniającą wymagania SIWZ, natomiast druk gwarancji wadialnej zawierał omyłkę pisarską a właściwie brak literowy, tj. gwarancja wadialna była wystawiona na zadanie: „Remont mostu drogowego na rzece Krzeszów w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice”. Natomiast prawidłowa nazwa brzmiała: „Remont mostu na rzece Krzeszówce w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice”. Jak wspomniano powyżej nie jest to nawet pomyłka pisarska, a właściwie brak literowy (brak dwóch liter), przy czym zauważyć należy, że nie została tu przekreślona (zamieniona) jakaś litera, co mogłoby sugerować na inną nazwę rzeki.

Pozostałe cztery określenia identyfikacyjne czyli:

- droga gminna nr 600406K;
- km 0+175;
- miejscowość: Nawojowa Góra;
- gmina: Krzeszowice,

wskazują w sposób nie budzący wątpliwości na tożsamość obiektu. W tym zakresie można tu przywołać przepisy kodeksu cywilnego (identyfikacja tożsamości).

Zaskarżony wynik postępowania rażąco narusza wskazane instytucje prawne, a ponadto wypacza, deformuje, mutuje je w sposób uciążący prawu itp.

Kluczowe w tym kontekście jest podleganie gwarancji wadialnych wykładni właściwej dla oświadczeń woli. Niezależnie od braku możliwości stosowania wobec gwarancji mechanizmów poprawienia oczywistych omyłek czy wyjaśniania treści oferty zamawiający nie tylko może, ale i powinien, ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli gwaranta, a

oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest uprawniony oraz zobowiązany do rozstrzygnięcia niejasności czy niedopatrzeń wynikających z treści gwarancji wadialnej. Oznacza to, że przyjęcie założenia, iż każda wadliwość, niezależnie od jej znaczenia, powinna skutkować wykluczeniem, jest błędem. Granicę wyznaczającą zakres przysługujących zamawiającemu możliwości interpretacyjnych w odniesieniu do gwarancji wyznacza zakres ochrony jego interesu.”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stan faktyczny sprawy został zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania cytowanej powyżej i nie jest pomiędzy stronami sporny. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w związku z faktem, iż przedłożona przezeń gwarancja ubezpieczeniowa, wskazywała, że stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium w przetargu na „Remont mostu drogowego na rzece Krzeszów w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice”, gdy postępowanie, w którym gwarancja została przedłożona, jest nazwane: „Remont mostu drogowego na rzece Krzeszówce w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra, gmina Krzeszowice”.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na

przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w ww. przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wniesione wadium jest nieprawidłowe i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium *a contrario*, wskazać można, iż prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego jest prawidłowa – dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zabezpiecza w pełni interesy Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko, że ze względu na abstrakcyjność stosunku gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda*, paremia *clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia. Określona interpretacja treści gwarancji, np. przyjmowanie pewnego znaczenia wskazanych w niej przesłanek zatrzymania wadium, zakresu zabezpieczenia, a nawet nazw i oznaczeń, która nie odwołuje się do *causae* czynności, ale dotyczy ustalania samej treści gwarancji, nie przekreśla wcale jej abstrakcyjnego charakteru.

Tak też w zastanym przypadku, interpretacja okoliczności jakiego przetargu przedmiotowa gwarancja dotyczy jest samonarzucająca, naturalna, oczywista, intuicyjna i jedyna możliwa. Stanowisko, że rzeczona gwarancja dotyczy jakiegoś dokonywanego przez Gminę Krzeszowice, remontu mostu drogowego na rzece Krzeszów, w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra..., a tym samym, że na pewno nie dotyczy prowadzonego przez Gminę remontu mostu drogowego na rzece Krzeszówce, w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra... - nie jest warte komentowania.

Również hipostazowanie, że gwarant może odmówić realizacji obowiązków gwarancyjnych pod pretekstem, iż wystawiona przezeń gwarancja dotyczy innego postępowania niż przetarg prowadzony przez Zamawiającego, pozbawione jest podstaw. W ocenie Izby tego typu działanie towarzystwa ubezpieczeniowego nie mieściłoby się w jakichkolwiek standardach i miernikach oceny działalności ubezpieczeniowej, ustalonych zwyczajach kupieckich panujących w tym segmencie rynku, czy zasadach współżycia społecznego. Przyjmowanie takiej możliwości może być sensownie rozpoznawane jedynie na gruncie logiki modalnej i ontologii możliwości, a nie jako możliwość w rozumieniu podmiotowego uprawnienia do określonego działania związanego z istnieniem bądź nieistnieniem danego zobowiązania gwarancyjnego. Jeśli ubezpieczyciel odmówiłby wypłaty sumy gwarantowanej z powodu braku w treści wystawionej przezeń gwarancji dwóch liter w nazwie rzeki, nad którą most jest remontowany, oznaczałoby to, że mógłby odmówić realizacji gwarancji pod jakimkolwiek innym, równie absurdalnym, pretekstem.

Tego typu rozumienie i stosowanie prawa juryści rzymscy określali krótko i celnie: *summum ius, summa iniuria*.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

.....