

Sygn. akt: KIO 1413/13

WYROK
z dnia 26 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2013 r. przez Odwołującego – Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Trakt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. w Katowicach

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Mosty Katowice sp. z o.o. w Katowicach, na rzecz Zamawiającego Miasta Łodzi – Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „*Dokumentacja projektowa na przebudowę wiaduktów drogowych i tramwajowych na al. Rydza-Śmigłego wraz z przebudową układu drogowo- torowego al. Rydza-Śmigłego na odc. od al. Marszałka Józefa Piłsudskiego do ul. Stanisława Przybyszewskiego*”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 13 czerwca 2013 r. złożył odwołanie wobec dokonanego w dacie 7 czerwca 2013 r. wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 w zw. z 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego nie była należycie zabezpieczona wadium;
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, na skutek błędnego przyjęcia, iż oferta Odwołująca nie była należycie zabezpieczona wadium;
- 3) art. 7 w zw. z 91 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wyborze oferty TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. na skutek błędnego przyjęcia, że oferta Odwołująca nie była należycie zabezpieczona wadium, a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spółki TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem sporu jest, czy Zamawiający w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, w szczególności uwzględniając treść gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty Odwołującego był zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP przyjmując, iż oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający podał, że dokument gwarancji złożony przez Odwołującego nie zawiera elementów określonych w pkt 9.4. e) SIWZ. Według Zamawiającego, z treści gwarancji wynika jedynie, że gwarant zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacić na rzecz Zamawiającego, pełną sumę wadium w przypadku ujętym w art. 46 ust. 4a ustawy PZP. W ocenie Zamawiającego brakuje natomiast wzmiankowania art. 46 ust. 5 ustawy PZP. Z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego nie sposób się zgodzić, albowiem nie znajduje ona uzasadnionych podstaw faktycznych oraz prawnych, a nadto nacechowana jest nadmiernym formalizmem. Odwołujący w tym miejscu zwraca uwagę na szereg kluczowych aspektów związanych z przedmiotową sprawą, które najwyraźniej uszły uwadze Zamawiającego podczas analizy gwarancji ubezpieczeniowej Odwołującego. Treść gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Jednocześnie przypomnieć należy, że ustawa PZP nie precyzuje szczegółowo wymogów, które musi spełniać gwarancja ubezpieczeniowa, aby stanowiła wadium prawidłowo zabezpieczające ofertę. Tym samym, niezbędne jest każdorazowe zweryfikowanie treści dokumentu w celu ustalenia, czy Zamawiający będzie mógł w okresie związania ofertą z niej skorzystać (tzn. wystąpić z żądaniem wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku ze ziszczeniem się przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP). Na wstępie trzeba podnieść, że podczas przygotowywania oferty zarówno Odwołujący, jak i gwarant kierował się treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W tym kontekście zasadne wydaje się być przywołanie punktu 9.4. e) SIWZ, gdzie możemy przeczytać, iż: „z treści gwarancji lub poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia Zamawiającemu na pierwsze pisemne żądanie pełnej sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu przewidziane w ustawie okoliczności, określone w art. 46 ust. 4a oraz art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, szczegółowo opisane w pkt 9.12. oraz 9.13”. Jak można zauważyć, już na etapie opracowywania SIWZ powstała omyłka, polegająca na użyciu jednostki redakcyjnej w postaci artykułu 5 zamiast ustępu 5. Gwarant, działając w poczuciu zaufania do treści SIWZ oraz do Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, sporządził gwarancję ubezpieczeniową opierając się na literalnej treści SIWZ. Omyłka w treści gwarancji miała zatem charakter wtórny do omyłki Zamawiającego. Godzi

się przy tym zauważyć, że ugruntowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że wszelkie niejasności, czy też nieprawidłowości postanowień SIWZ, winny być interpretowane na korzyść Wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt KIO 69/12. Z tych względów, Odwołujący stoi na stanowisku, że pierwotna omyłka SIWZ-u skutkująca powstaniem wtórnej omyłki w treści gwarancji ubezpieczeniowej, nie powinna dawać Zamawiającemu prawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ostateczności doprowadzałoby to bowiem do tego, że Odwołujący zostałby wykluczony z postępowania z powodu omyłki Zamawiającego. Nie można również tracić z pola widzenia okoliczności, że treść gwarancji podlega wykładni (tak KIO w wyroku z dnia 09.02.2012 r., sygn. akt KIO 150/12). Dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego, w tym art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Niewątpliwym jest, że zamiarem stron (gwaranta ERGO HESTIA oraz Odwołującego) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności stanu faktycznego, a w szczególności zamieszczone w treści gwarancji odwołanie do konkretnej ustawy wraz z przywołaniem art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP należy jednoznacznie stwierdzić, że gwarant zobowiązał się do wypłaty wadium w razie wystąpienia przesłanek wymienionych w ustawie PZP, sprecyzowanych w ustawie PZP w dniu wystawienia gwarancji. Poza tym, cały kontekst sytuacyjny (a zwłaszcza użycie zwrotu „art. 5” po art. 46 ust. 4a) wskazywał, że gwarancją objęty jest także przypadek ujęty w ramach art. 46 ust. 5 ustawy PZP. Gwarant równie dobrze mógłby wpisać inny artykuł, aniżeli 5, bądź powołać go przed art. 46 ust. 4a, jako przepis znajdujący się w ustawie PZP przed art. 46 ust. 4a. Skądinąd w wyroku z dnia r., sygn. akt KIO 1645/12, Izba uznała, że: „niepełne przytoczenie pkt 3 ust. 5 art. 46 p.z.p. przez pominięcie sformułowania «po stronie wykonawcy» pozostaje bez wpływu na skuteczność wniesionego wadium. W dalszej części uzasadnienia tegoż wyroku Izba zawarła następującą konkluzję: *„Wskazać należy, że ustawa P.z.p. nie wymaga przytoczenia w treści gwarancji wszystkich przesłanek zatrzymania wadium. W tym miejscu zasadne jest powołanie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07), w którym Sąd zwrócił uwagę, iż «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 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)»". Odmienna ocena gwarancji Odwołującego nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego i racjonalności uczestników obrotu gospodarczego, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający obowiązek wypłaty wadium w razie spełnienia przesłanki z art. 5 ustawy PZP pozbawiony byłby jakiegokolwiek sensu. Przepis art. 5 ustawy PZP stanowi bowiem, że: „Do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, 1a. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków; 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań; 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym; 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. 1b. W przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. 2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, o których mowa w ust. 1, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. 3. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami, o których mowa w ust. 1". Winno być bezsporne, że

wspomniana wyżej omyłka była oczywistą omyłką pisarską, która nie wpływała w jakikolwiek sposób na zakres zobowiązania gwaranta do wypłaty pełnej sumy wadium. Interpretacja Zamawiającego zakładająca, że gwarancja ubezpieczeniowa Odwołującego nie zawiera obowiązku wypłaty wadium w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 5 ustawy PZP jest zbyt rygorystyczna, a przez co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. W tej kwestii podzielić wypada stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 09.02.2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 150/12: „*formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad P.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*”. Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 P.z.p. 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 określone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 P.z.p.)”. Na zakończenie należy z całą stanowczością podkreślić, że także sam gwarant przyznał w oświadczeniu z dnia 10.06.2013 r., iż gwarancja ubezpieczeniowa obejmuje hipotezę tak art. 46 ust. 4a ustawy PZP, jak i art. 46 ust. 5 ustawy PZP. Oświadczenie to stanowi zatem bezsprzeczny dowód, że z jednej strony Odwołujący należycie zabezpieczył swoją ofertę, a z drugiej, że Zamawiający będzie mógł w okresie związania ofertą skorzystać z gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku unormowanym w art. 46 ust. 5 ustawy PZP.

Konsekwencją uznania, że oferta Odwołującego nie była należycie zabezpieczona wadium było bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 4 ustawy PZP. III.

Na skutek błędnego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uchybił art. 91 ustawy PZP, bezprawnie dokonując wyboru oferty spółki TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., mimo iż oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a nadto była najkorzystniejsza cenowo w przedmiotowym postępowaniu

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Trakt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. w Katowicach.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

III. ROZSTRZYGNĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pkt 9.4. e) SIWZ, Zamawiający określił wymagania dotyczące gwarancji w sposób następujący: „z treści gwarancji lub poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia Zamawiającemu na pierwsze pisemne żądanie pełnej sumy wadium w przypadku, gdy zajądą ku temu przewidziane w ustawie okoliczności, określone w art. 46 ust. 4a oraz art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, szczegółowo opisane w pkt 9.12. oraz 9.13” (podkreślenia własne Zamawiającego). W przytoczonych pkt 9.12 i 9.13 SIWZ Zamawiający podał: „Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzy, Zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę” oraz „Zamawiający zatrzymuje wadium”

wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

Natomiast z pkt 9.14 SIWZ, który wprawdzie nie został przytoczony w pkt 9.14 e) SIWZ, lecz dotyczy podstaw zatrzymania wadium, wynika, że: „**Zamawiający zatrzymuje wadium** wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

W dniu 3 kwietnia 2013 r. Zamawiający, pismem nr ZDiT-DZ.331.28.2013 dokonał w powyższym zakresie zmiany SIWZ, nadając pkt 9.4 e) SIWZ następującą treść: „z treści gwarancji lub poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia Zamawiającemu na pierwsze pisemne żądanie pełnej sumy wadium **w przypadku, gdy zajdą ku temu przewidziane w ustawie okoliczności, określone w art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, szczegółowo opisane w pkt 9.12. oraz 9.13**”

Złożona przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa, w części odnoszącej się do obowiązków gwaranta ma następującą treść: „podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego, doręczonego przez Zamawiającego żądania zapłaty, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, określonych w art. 46 ust. 4 a oraz art. 5”

Biorąc pod uwagę powyżej przytoczone postanowienia SIWZ, wraz z ich zmianami a także treść gwarancji, jaką Odwołujący złożył w postępowaniu, uznano zarzuty za nieuzasadnione.

Bezspornym jest, że Zamawiający wyartykułował wytyczne, jakim ma odpowiadać składana gwarancja – postawił wymagania co do jej treści wskazując – po dokonanej w dniu 3 kwietnia 2013 r. modyfikacji SIWZ – że ma ona określać przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odesłał dalej m.in. do brzmienia pkt 9.13 SIWZ.

Stąd niewątpliwym jest, że składana gwarancja musiała zawierać albo nawiązanie do dwóch

wskazanych przepisów, albo opisowo wymieniać przesłanki zatrzymania wadium w nich wymienione, albo w sposób ogólny odsyłać do wszystkich podstaw zatrzymania wadium, jakie ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje.

Odwołujący natomiast złożył gwarancję, z której wynika możliwość zatrzymania wadium w razie zaistnienia „co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, określonych w art. 46 ust. 4 a oraz art. 5” . Skoro podany tam art. 5 ustawy nie traktuje o podstawie zatrzymania wadium, to treść złożonej gwarancji musi być czytana w ten sposób, że gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty z gwarancji tylko na wypadek wystąpienia okoliczności, o której mówi art. 46 ust. 4 a ustawy, z pominięciem – wymaganej przez SIWZ po jej zmianie – przesłanki z art. 46 ust. 5 ustawy. Nie sposób przy tym czytać tego postanowienia gwarancji w ten sposób, że odnosi się ono w sposób ogólny do przesłanek opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, zaś przepis art. 46 ust. 4 a został wymieniony jako przykładowy. Treść postanowienia gwarancji wskazuje raczej, że w sposób wyłączny i zamknięty określono w niej sytuacje obowiązku wypłaty przez gwaranta kwoty, odnosząc je do zaistnienia przesłanek opisanych we wskazanych w dwóch przepisach (a w istocie w jednym, skoro tylko art. 46 ust. 4 a ustawy opisuje tego rodzaju sytuacje).

Podkreślenia dalej wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, składające się na nią dokumenty – będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienie publiczne wymagają przy tym zachowania czujności wykonawców, szczególnie w zakresie dokonywanych w SIWZ zmian – każda zmiana kreuje przecież obowiązek dostosowania i uwzględnienia jej w ofercie, i tym bardziej, poprzez fakt zmiany odpowiedniego postanowienia SIWZ, dane postanowienie, które mogłoby pozostać niezauważone w całym dokumencie SIWZ zostaje wyeksponowane już poprzez sam fakt jego modyfikacji.

Zamawiający w treści zmienionego pkt 9.4. e) SIWZ wyraźnie określił, jaką treść ma mieć składana przez wykonawców gwarancja, wskazując przepisy, do których ma się ona odwoływać w zakresie okoliczności zatrzymania wadium. Podano tam wyraźnie art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rzeczą wykonawcy było zatem zadbanie, by składana gwarancja uwzględniała zmienione postanowienie SIWZ. Nie może powyższego tłumaczyć, jak czynił to Odwołujący na rozprawie, że starania o uzyskanie gwarancji zostały podjęte po upublicznieniu SIWZ w jej pierwotnym brzmieniu, przed zmianą. O ile faktycznie, można – teoretycznie – przyjąć, że uszła uwadze wykonawcy omyłka w treści SIWZ, gdzie powołano się na art. 5 ust. a nie na ust. 5 przywołanego wcześniej przepisu art. 46 ust. 4 a

ustawy, to już sam fakt zmiany SIWZ powinien skierować uwagę wykonawcy na zmienione postanowienia, w tym skłonić do dopilnowania, by gwarancja wadialna odpowiadała na wymagania zmienionej SIWZ.

Odwołujący natomiast odpowiedział wprost na wymaganie Zamawiającego ujęte w pierwotnym, niewłaściwym brzmieniu SIWZ, przytaczając dosłownie treść tego wymagania. Z treści złożonej gwarancji wynikają wyraźnie okoliczności, w których Zamawiający może się z niej zaspokoić, nie sposób więc upatrywać w tej mierze podstaw do dokonywania wykładni tego dokumentu, wbrew jego wyraźnemu brzmieniu. O ile można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie można wyłączyć obowiązku dokonywania wykładni przez pryzmat art. 65 Kc dokumentu gwarancji, to jednak taka wykładnia nie może prowadzić do wniosków pozostających w wyraźnej sprzeczności z treścią tego dokumentu.

Zauważyć trzeba dalej, że na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający w dalszej części pkt 9.4. e) SIWZ, podał że przesłanki zatrzymania wadium zostały szczegółowo opisane w pkt 9.12 oraz 9.13 (przytaczając je zresztą w sposób niewłaściwy – w miejsce niewłaściwie wskazanego pkt 9.12 oraz 9.13 powinny zostać podane pkt 9.13 oraz 9.14). Konstrukcja spornego postanowienia – zarówno w pierwotnej jak i w poprawionej wersji – jednoznacznie wskazuje, że treść gwarancji ma nawiązywać do podanych przez Zamawiającego przepisów. Zatem już to wskazanie, w razie wątpliwości, powinno nasuwać wykonawcy właściwą treść gwarancji. Nawet gdyby przyjąć, że przytoczone dalej dwa postanowienia SIWZ – pkt 9.12 i 9.13 mają jedynie informować o treści okoliczności, w których następuje zatrzymanie wadium, i nie kreują obowiązku uwzględnienia czy to w sposób opisowy, czy poprzez wskazanie przepisu art. 46 ust. 4 a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, to pominięte w złożonej przez Odwołującego gwarancji okoliczności (wynikające z art. 46 ust. 5 ustawy), to jest: *1) odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) fakt, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy*, wynika już z objęcia ich postanowieniem pkt 9.13. Zatem konieczność uwzględnienia w treści gwarancji tych okoliczności, niezależnie od tego że wynikała ze zmiany SIWZ i została zakomunikowana wykonawcom wystarczająco wcześniej (miała miejsce 3 kwietnia, podczas gdy termin składania ofert nastąpił 25 kwietnia 2013 r.) mogła i powinna zostać odczytana, nawet przy błędnym wskazaniu jednostki redakcyjnej w pierwotnym brzmieniu SIWZ z odesłania do pkt 9.13 SIWZ.

Jakkolwiek bowiem wykonawcy działają w zaufaniu do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niestaranego opracowania przez Zamawiającego dokumentów postępowania, to nie sposób tej wytycznej pojmować

w ten sposób, że może to usprawiedliwiać działanie wykonawcy, który kierując się czy to swoimi wcześniejszymi doświadczeniami, czy to pierwotnym, nieaktualnym już brzmieniem SIWZ, nie dokłada staranności i składa dokument nieodpowiadający wymaganiom stawianym przez Zamawiającego.

Nie stanowi również – wbrew stanowisku Odwołującego – uzasadnienia dla uznania złożonej gwarancji fakt, że w innym postępowaniu identyczna gwarancja złożona przez Odwołującego nie została przez Zamawiającego zakwestionowana. Ocena tych samych dokumentów złożonych w innym postępowaniu, nawet dokonywana przez tego samego Zamawiającego, nie kreuje przecież sytuacji, że dokument nie odpowiadający wymaganiom stawianym przez Zamawiającego stanie się poprawnym. Zamawiający zresztą wyjaśnił powyższe, że w tamtym postępowaniu, w przeciwieństwie do analizowanej sytuacji, nie miała miejsce korekta treści SIWZ, i tam błędne postanowienie SIWZ, przywołujące art. 5 ustawy wiązało wykonawców. Stąd brak jest podstaw do przyjęcia, że wcześniejsza, pozytywna ocena takiej samej gwarancji złożonej przez Odwołującego, powinna rzutować na analogiczną ocenę w tym postępowaniu.

Powyższe determinowało wniosek, że nie znalazły potwierdzenia stawiane w postępowaniu zarzuty naruszenia art. 7 w zw. z 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego nie była należycie zabezpieczona wadium, art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, na skutek błędnego przyjęcia, iż oferta Odwołująca nie była należycie zabezpieczona wadium, oraz art. 7 w zw. z 91 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wyborze oferty TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. na skutek błędnego przyjęcia, że oferta Odwołująca nie była należycie zabezpieczona wadium, a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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).

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5

ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.,

Przewodniczący: