

Sygn. akt KIO/UZP 594/09

**WYROK**  
z dnia 21 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Stanisław Sadowy  
Małgorzata Stręciwilk

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań (lider konsorcjum), Ingeneria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Senatorska 37, 00 – 099 Warszawa** protestu z dnia 14 kwietnia 2009 r.

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Boremlowska 40A, 04-338 Warszawa (lider konsorcjum), Sener Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sener Ingenieria Y Sistemas S.A., 48930 Las Arenas, Vincaya, Avenida de Zugazarte** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z o.o. z siedzibą**

**w Poznaniu (lider konsorcjum), Ingeneria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum), Ingeneria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum), Ingeneria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie.**

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

I. W dniu 13.01.2009r. Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Transportu Miejskiego (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Budowa nowego przystanku osobowego Warszawa-Ursus Niedźwiadek wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii 447 Warszawa Zachodnia-Grodzisk Mazowiecki w rejonie osiedla mieszkaniowego „Niedźwiadek” w dzielnicy Ursus”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 6.04.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o jego wyniku.

W dniu 14.04.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum), Ingeneria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: Odwołujący), którzy zostali wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający uznał, iż nie wniesiono wadium), złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 14.04/2009 r. poprzez jego oddalenie.

Odwołujący w dniu 4.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W dniu 17.04.2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Sener Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sener Ingenieria Y Sistemas S.A., 48930 Las Arenas, Vincaya, Avenida de Zugazarte (których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą; dalej: Przystępujący), którzy następnie w dniu 19.05.2009 r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych (co podtrzymano również później w odwołaniu):

- 1) art. 87 ust. 2 pkt.3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia w załączniku do oferty, którym była gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, oczywistej omyłki drukarskiej polegającej na przypadkowym braku wskazania w treści tej gwarancji określonych w art. 46 ust. 5 pkt a) i b) Prawa zamówień publicznych przesłanek umożliwiających zgłoszenie przez Zamawiającego do Gwaranta żądania zapłaty kwoty 30.000 zł wadium, pomimo, iż z treści ww gwarancji (§ 2 ust. 1) wynikało zdaniem Przystępującego, iż oferta razem z załączoną do niej gwarancją, (stanowiącą z nią integralną całość) jest zgodna z wymogami ustalonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a fakt zaistnienia oczywistej omyłki drukarskiej potwierdzał dodatkowo błąd istniejący w podanej na gwarancji numeracji kolejności i liczby stron, w wyniku którego niespójna jest numeracja stron na dokumencie gwarancji oraz wystąpił brak w treści §2 ust. pkt. 1) podpunktu a) i b) mimo istnienia podpunktu c),
- 2) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i przez to niewyjaśnienie faktu zaistnienia oczywistej omyłki drukarskiej w treści gwarancji stanowiącej integralną część

oferty Protestującego, co spowodowało negatywne skutki - wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty, mimo, że była ona najkorzystniejsza dla Zamawiającego,

3) art. 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 66 § 1 Ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny poprzez przyjęcie, iż załącznik do oferty, jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium jako dokument określający istotne postanowienia zawartej umowy, nie jest integralną częścią oferty, która może podlegać poprawieniu lub próbie wyjaśnienia przez Odwołującego treści oferty (gwarancji),

4) art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne i przedwczesne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenia Zamówienia, na skutek błędnego uznania że Protestujący złożył gwarancje wadialną nie spełniającą "wymogów formalnych",

5) art. 89 ust. 1 pkt.5 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że nie powinien on podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający odrzucił protest, ponieważ uznał, że został on wniesiony przez osobę nieuprawnioną (w pełnomocnictwach załączonych do oferty brak pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum udzielonego przez jednego z uczestników konsorcjum, tj, przez INGENIERIA IDOM INTERNACIONAL S.A.), niemniej jednak ustosunkował się do zarzutów podniesionych w proteście, w całości podtrzymując swoją wcześniejszą decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych Zamawiający uznał za nieuzasadniony, bowiem według niego w przedmiotowej sprawie nie ma on zastosowania.

Oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą), i Zamawiający nie dokonuje już dalszego badania i oceny oferty.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie w loku badania i oceny ofert żądania od wnoszącego protest wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jest ocenie Zamawiającego bezpodstawny, bowiem jest to uprawnienie Zamawiającego, a nie obowiązek – gdyby istniał "obowiązek" działania, ustawodawca użyłby zwrotu „żąda”, jak np. w treści art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie podzielił stanowiska wyrażonego w treści protestu, zgodnie z którym wadium w postępowaniu jest „integralną częścią oferty”, „elementem składowym oferty”, czy „załącznikiem do oferty”. Wadium jest w ocenie Zamawiającego zabezpieczeniem oferty i skutków ewentualnego działania lub zaniechania wykonawcy, opisanych wart. 46 ust. 4a

i ust. 5 Prawa zamówień publicznych, które w zależności od okoliczności podlega zwrotowi albo zostaje zatrzymane przez Zamawiającego. Zamawiający zauważył, że gdyby zaakceptować wywody Odwołującego o wadium jako treści oferty, należałoby przyjąć, że wadium wnoszone w pieniądzu, wpłacane przelewem na rachunek zamawiającego jest także "załącznikiem do oferty".

Według Zamawiającego, wadium zabezpieczające ofertę Odwołującego złożone przed terminem składania ofert w formie gwarancji ubezpieczeniowej (Nr GW/258/09-081 z dnia 16.02.2009 r. wystawiona przez. Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. nie spełnia wymogów ustawowych (art. 46 ust. 4a i ust. 5 Prawa zamówień publicznych) oraz nie odpowiada treści SIWZ (10.5 części I ogólnej SIWZ): z treści gwarancji musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Z treści przedmiotowej gwarancji (§2) natomiast wynika, że gwarant zapłaci tylko w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a cyt. ustawy (jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lub pełnomocnictw) i 46 ust. 5 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przedmiotowa gwarancja nie obejmuje zatem przypadków określonych w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, tj. sytuacji, kiedy wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dla Zamawiającego nie ma znaczenia, że brak wskazania tych przypadków jest - jak to nazywa wnoszący protest - "brakiem przypadkowym".

W związku z powyższym, zarzut naruszenia art. 14 Prawa zamówień publicznych, w związku z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy) także jest, w ocenie Zamawiającego uzasadniony.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający również uznał za nieuzasadniony, wskazując na brak podstaw do ich zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zamawiający ponadto powołał się na orzeczenie wydane w podobnym stanie faktycznym (dokument gwarancji wadium z brakującym jednym warunkiem zatrzymania wadium – wynikającym z art. 46 ust. 5 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ) Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 19.07.2007 r., Sygn. akt X Ga 154/07 przyznał rację zamawiającemu, który wykluczył wykonawcę z postępowania.

Przystępujący w całości poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazał, iż Zamawiający nie jest uprawniony do poprawiania omyłek w treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, jako że gwarancja taka nie stanowi elementu składowego oferty. Ponadto, odnosząc się do dokumentów dotyczących gwarancji wadialnej, złożonych przez Odwołującego już po otwarciu ofert (umowa o gwarancję i sprostowanie), zauważył, że Zamawiający opatrzył zarówno umowę (na stronie pierwszej), jak i sprostowanie pieczęcią o treści "Wpłynęło do Działu Zamówień Publicznych ZTM w dniu 14 kwietnia 2009 r."

Gdyby zatem nawet uznać, iż dokumenty przemawiające za przyjęciem innej, aniżeli literalna, interpretacji złożonej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium istniały wcześniej, to według Przystępującego nie ulega wątpliwości, iż zostały doręczone Zamawiającemu przez Odwołującego dopiero w dniu 14 kwietnia 2009 r. Reasumując, w ocenie Przystępującego, aż do dnia 14 kwietnia 2009 r. oferta nie została zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium – zdaniem Przystępującego, należy odróżnić sporządzenie dokumentów od ich przekazania Zamawiającemu, a dopiero druga z wymienionych czynności jest równoznaczna z zabezpieczeniem oferty wadium.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający wskazywał, iż w oparciu o pełnomocnictwa uczestników konsorcjum upoważniające do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia (które nie zostały załączone do protestu, a znajdują się w ofercie), ustalił, że brak jest wymaganego pełnomocnictwa do wniesienia protestu przez jednego z partnerów konsorcjum – a mianowicie Ingeniería IDOM Internacional S.A.

W zakresie pełnomocnictw dołączonych do oferty, skład orzekający ustalił następujące okoliczności:

Do oferty Odwołującego dołączono dwa pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum – wystawione w Madrycie w dn. 4.02.2009 r. (strona 6 oferty, kopia oferty w aktach sprawy) oraz wystawione w Poznaniu w dn. 13.02.2009 r. (strona 7 oferty). Z literalnego brzmienia obu pełnomocnictw wynika, że oba zostały wystawione w imieniu Geomar („Działając w imieniu firmy: Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie(...)"). Pierwsze pełnomocnictwo zostało podpisane przez Oscara Rica Garcia (samo upoważnienie tej osoby do reprezentowania uczestnika konsorcjum nie było przez Zamawiającego kwestionowane; wynika z dokumentów, załączonych do oferty, s. 94 i nn.), przy pieczęci „IDOM INGENIERIA IDOM INTERNACIONAL S.A. Oscar Rica Garcia”. Drugie pełnomocnictwo zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji Geomar, przy pieczęciach informujących o funkcjach tych osób, ponadto dokument opatrzone pieczęcią z danymi Geomar S.A.

Na podstawie wyżej opisanych dokumentów, skład orzekający Izby stwierdził, że, wbrew stanowisku Zamawiającego, z treści pełnomocnictwa wystawionego w Madrycie w dn. 4.02.2009 r. wynika, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez Oscara Rico Garcia, uprawnionego do reprezentacji uczestnika konsorcjum Ingeneria IDOM Internacional S.A. Takiej interpretacji nie może podważyć wyłącznie okoliczność, że na wstępie pełnomocnictwa stwierdzono, iż zostało wystawione w imieniu innego uczestnika konsorcjum, niż ten, którego podpis widnieje pod pełnomocnictwem.

Przy należy wyjaśnianiu treści pełnomocnictwa wziąć pod uwagę art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Wytyczne dotyczące interpretacji oświadczeń woli zawarte są m.in. w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29.06.1995 r. (III CZP 66/95, OSNIC 12/95, poz. 168). Zgodnie z tą uchwałą wykładnia oświadczeń woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu i ma na celu ustalenie właściwej treści zawartej w oświadczeniu woli. Okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, mogą mieć istotny wpływ na wynik tego tłumaczenia, niejednokrotnie bowiem to one konstruuje taką, a nie inną treść oświadczenia, określającą zamierzone przez składającego je skutki.

W ocenie Izby, z treści pełnomocnictwa wystawionego w Madrycie w dn. 4 lutego 2009 r., biorąc pod uwagę wszystkie elementy zawarte w dokumencie, łącznie z pieczęcią osoby upoważnionej do reprezentacji ze wskazaniem podmiotu, który reprezentuje wynika, że pełnomocnictwo to zostało wystawione właśnie przez Ingeneria IDOM Internacional S.A., a zatem do oferty dołączono wystarczające pełnomocnictwa do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutów podniesionych w proteście, podtrzymanych następnie w odwołaniu, skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

1. W dokumencie wystawionym przez PZU SA zatytułowanym "gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GW/258f09-081 z dnia 16 lutego 2009 roku" (s. 154 i 155 oferty, kopia w aktach sprawy, oryginał Zamawiający okazał Izbie na rozprawie) wskazane zostało, iż strona pierwsza jest "1 z 3", z kolei na drugiej stronie dokumentu wskazane zostało, iż jest

to strona „2 z 2”. Stronę pierwszą gwarancji ubezpieczeniowej kończy treść § 2 ust. 2 pkt 1), będący odpowiednikiem przepisu art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, z kolei strona druga załączonej do oferty gwarancji rozpoczyna się od pkt. c), będącego odpowiednikiem przepisu art. 46 ust. 5 pkt 3) Prawa zamówień publicznych. Reasumując, § 2 ust. 2 gwarancji wadialnej brzmi następująco:

„Gwarant zapłaci w terminie 14 (czternastu) dni licząc od dnia otrzymania (...) oświadczenia, że:

1) Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie;

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”.

2. W § 1 ust. 1 gwarancji wskazano, że stanowi ona zabezpieczenie określone w art. 45 Prawa zamówień publicznych, w § 1 ust. 2 gwarancji stwierdzono, że „niniejsza gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami SIWZ”.

3. Wraz ze złożeniem protestu, Odwołujący złożył dodatkowe dokumenty związane z gwarancją wadialną:

1) kserokopię umowy zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej kontraktowej nr UGW/258/09-081 z dnia 16.02.2009 r.

2) sprostowanie do gwarancji zapłaty wadium nr GWI258/09/081 z dnia 07.04.2009 r.

4. Odwołujący został na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych wykluczony przez Zamawiającego z postępowania (z powodu nie wniesienia wadium), a jego oferta została uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych).

W ocenie Izby postępowanie Zamawiającego było prawidłowe. Bezsprzecznie w gwarancji ubezpieczeniowej załączonej przez Odwołującego do oferty znalazła się opisana wyżej nieścisłość: w gwarancji nie wymieniono wszystkich przesłanek, których zaistnienie skutkuje zobowiązaniem wystawiającego gwarancję do wypłaty wadium. Z ogólnych stwierdzeń w postanowieniach poprzedzających uszczegółowienie przesłanek wypłaty wadium w § 2 ust. 2 gwarancji, tj. z § 1 ust 1 gwarancji (deklaracja o zgodności z art. 45 Prawa zamówień publicznych) i z § 1 ust. 2 oraz § 2 ust. 1 gwarancji (deklaracja o zgodności gwarancji z postanowieniami SIWZ) nie może wynikać, że obejmuje ona wszystkie przesłanki wypłaty wadium wymienione w art. 46 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, skoro z literalnego (jednoznacznego) brzmienia § 2 ust. 2 gwarancji wynika, że gwarant będzie zobowiązany do wypłaty zobowiązania wyłącznie, jeżeli zaistnieje przesłanka, o której mowa w art. 46 ust. 4a (§ 2 ust. 2 pkt 1 gwarancji) i przesłanka, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (§ 2 ust. 2 pkt c) gwarancji). Nie wymieniono natomiast przesłanek, o których mowa w art. 45 ust. 5 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.



Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że dokument potwierdzający wniesienie wadium należy rozpatrywać biorąc pod uwagę ściśle jego brzmienie. Z treści § 2 ust. 2 gwarancji wynika, że uszczegółowiono w nim ogólne postanowienia poprzedzające, a zatem ziszczenie się zobowiązania gwaranta nastąpi wyłącznie w wypadkach wymienionych tamże.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, że okoliczności, iż w treści gwarancji nie wymieniono dwóch przesłanek utraty wadium, nie można zakwalifikować jako błędu pisarskiego (w drukowaniu).

W piśmiennictwie wskazuje się, że „obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu. Następuje to poprzez wskazanie stanu rzeczy, którego zaistnienie jest powodem żądania zapłaty przez beneficjenta.” (Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych, Numer 2(17)/2008, s. 25 i n.; rozważania zamieszczone tamże bezpośrednio odnoszą się do gwarancji bankowej, jednak dotyczą w istocie wszystkich gwarancji wadialnych, w tym ubezpieczeniowych).

Powyższe stanowisko wynika z charakteru prawnego gwarancji bankowej, będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, tj. stosunku przetargowego. W konsekwencji do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można zastosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli, wskazanych w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego.

Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla Zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej (sprostowanie dołączone do protestu) nie mogą mieć znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium.

Zatem brak faktycznego wymienienia w treści gwarancji dwóch spośród czterech przesłanek realizacji wadium obligował Zamawiającego do uznania, że wadium nie zostało wniesione, w konsekwencji czego Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Tym samym Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii, czy gwarancja wadialna mogła być uzupełniona (wyjaśniona) w trybie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, skład orzekający Izby stwierdza, że do gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej nie można zastosować postępowania, przewidzianego w art. 87 Prawa zamówień publicznych.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że wadium nie stanowi treści oferty, stanowisko to jest ugruntowane jednoznacznie w doktrynie i orzecznictwie.

Treść oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy rozumieć w sposób ścisły, tj. jako zakres świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca. W potocznym użyciu używa się również określenia „oferta” na całość dokumentacji składanej przez wykonawcę

w postępowaniu, spiętej i ponumerowanej (numeracja stron „oferty”), jest to raczej skrót myślowy.

Podsumowując, dokument potwierdzający wniesienie wadium nie może być uznany za treść oferty, a takie stanowisko nie może być uznane za naruszenie art. 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, bowiem dokument potwierdzający wniesienie wadium nie określa przyszłych postanowień umowy, a stanowi wyłącznie zabezpieczenie złożonej w postępowaniu oferty.

Reasumując, nie stwierdzono wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....