

Sygn. akt: KIO 520/13

**WYROK**  
z dnia 20 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 marca 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Firma Handlowo -Usługowa INSTBUD S. B..... Spółka Jawna (Lider Konsorcjum); 2) S..... B.....** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo - Usługowa „Instbud” S. B..... (Członek konsorcjum)** z adresem na rzecz lidera konsorcjum: **Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąddeckie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 2, 33-300 Nowy Sącz**

przy udziale wykonawcy **K..... M.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” K..... M.....**, ul. **Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica-Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 520/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B..... Spółka Jawna (Lider Konsorcjum); 2) S..... B.....** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo - Usługowa „Instbud” S. B..... (Członek konsorcjum)** z adresem na rzecz lidera konsorcjum: **Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B..... Spółka Jawna (Lider Konsorcjum); 2) S..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa „Instbud” S. B..... (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B..... Spółka Jawna (Lider Konsorcjum); 2) S..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa „Instbud” S. B..... (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów na rzecz Sąddeckich Wodociągów Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 2, 33-300 Nowy Sącz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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 Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach realizacji zadania inwestycyjnego p.n. Kontrakt 2B *"Budowa sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej etap II - Część B, w ramach projektu p.n. „Modernizacja i rozbudowa systemu gospodarki wodno-ciekowej miasta Nowego Sącza z przyległymi terenami gmin sąsiednich” realizowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktury i Środowiska 2007-2013 pod nr CCI 2007/PL/161/PR/007-02B - część nr 1 - Zadanie nr 2. Sieć wodociągowa i kanalizacyjna Sikorniki Stary Tracz-gmina Nawojowa*", zostało wszczęte przez Sąddeckie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 22, 33-300 Nowy Sącz zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 233-383028 z dnia 04.12.2012 r.

W dniu 26.02.2013 r. (faxem) Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m.in. informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I – zadanie 2 K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, ul. Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica-Zdrój zwana dalej: *„Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”* albo *„Przystępującym”* oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu w cz. I – zadanie 2: Konsorcjum Firm: 1) Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B..... Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) Nieznanowice 50, 32-420 Gdów; 2) S..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa „Instbud” S. B..... (Członek konsorcjum), Nieznanowice 50, 34-420 Gdów, z adresem na rzecz lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów zwane dalej: *„Konsorcjum INSTBUD”* albo *„Odwołującym”* na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*. Zamawiający wskazał, że Wykonawca przedłożył Wadium (Gwarancję Ubezpieczeniową) Nr 903004513704 z dnia 2013-01-30, której Gwarantem jest Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (81-731), przy ul. Hestii 1, w której to jako Zamawiający wskazano: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna z siedzibą: ul. Senatorska1, 30-106 Kraków. Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie zabezpieczył swojej

oferty dla Części I wadium zgodnie z zapisami pkt 12.2.2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

W dniu 07.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Konsorcjum INSTBUD Pzp na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący podnosił naruszenie przez Zamawiającego Pzp oraz pozostałych aktów wykonawczych do niej, poprzez złamanie i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, którego błędne, chybione i niezgodne z prawem zastosowanie spowodowało wykluczenie oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania. W szczególności naruszenia, będące przedmiotem odwołania to:

- a) przyjęcie, bez wzywania do złożenia wyjaśnień, że ważna i prawidłowo zabezpieczona oferta, wymaganym przez Zamawiającego wadium, nie została nim zabezpieczona, czego następstwem było wykluczenie z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.
- b) nie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 nakazującego wezwanie do złożenia wyjaśnień do treści złożonej oferty w trybie art. 26 w zw. z art. 45 ust. 6 Pzp, mającego na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości co do treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.
- c) chybione zastosowanie wykładni prawa polskiego (w szczególności Pzp, przepisy szczególne KC, przepisy prawne dotyczące działalności Ubezpieczeniowej) poprzez nie uznanie oświadczenia woli, jakim była gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, zgodna z art. 65 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należało tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.
- d) naruszenie art. 7 Pzp oraz Dyrektywy Klasycznej WE poprzez niedokonanie i nie przyjęcie wykładni gwarancji ubezpieczeniowej wynikającej z Kodeksu Cywilnego.
- e) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nie wykonanie dyspozycji w nim zawartych (uzasadnienie faktyczne i prawne) w związku z koniecznością poinformowania Wykonawcy o wykluczeniu Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2

W związku z powyższym, mając na względzie poprawność w zakresie stosowania Pzp oraz obowiązek wynikający z art. 7 ust.1, który mówi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” wnosił o:

- uwzględnienie odwołania
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty w części 1
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego

z przedmiotowego postępowania

- nakazanie uznania prawidłowości wniesionego przez Odwołującego wadium
- dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego
- uznanie za najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Odwołującego, w świetle jedyne­go kryterium, jakim była cena w przedmiotowym postępowaniu,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w wysokości uiszczono­go wpisu od odwołania
- obciążenie Zamawiającego kosztami zastępstwa procesowego.

Wskazał, że bezpośrednim powodem dokonania wykluczenia oferty Odwołującego w ocenie Zamawiającego było przyjęcie i uznanie, że oferta nie została zabezpieczona wymaganym wadium. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że ubiegając się o udzielenie zamówienia, mając na względzie spełnienie wszystkich postawionych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunków podjął w dniu 28.01.2013 r. czynność pozyskania wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej u Gwaranta, jakim był przedstawiciel firmy Hestia. Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o udzieleni gwarancji. Dołączył ponadto do wniosku niezbędne dokumenty, jakim są m.in. SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu. Na tak złożony wniosek Gwarant udzielił Odwołującemu niezbędnego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej o numerze 903004513704 w dniu 30.01.2013 r. Odwołujący złożył ponadto skutecznie ofertę wraz ze wspomnianą gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium, w tym w formie, wskazanej przez Zamawiającego, która wynika wprost z Pzp. Wykonawca zwrócił się ponadto, w dniu 01.02.2012r do Gwaranta drogą telefoniczną o udzielenie wyjaśnienia w sprawie treści gwarancji, w tym w sprawie zawartych tam omyłek pisarskich. W odpowiedzi Gwarant udzielił stosownych wyjaśnień, potwierdzając tym samym ważność i prawidłowość gwarancji (Wniesionego wadium). W oświadczeniu Gwarant wyjaśnił, że omyłki o których mowa w gwarancji ubezpieczeniowej nie wpływają na ważność wadium, gdyż integralnym załącznikiem do wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium była zarówno SIWZ, jak i też ogłoszenie o zamówieniu. Tym samym Gwarant potwierdził, w drodze wyjaśnień, że dokument objęty numerem 903004513704 jest ważny oraz zabezpiecza skutecznie ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Z tych przyczyn Odwołujący nie składał do Zamawiającego przedmiotowych wyjaśnień/sprostowań, gdyż przyjął zgodnie z wyjaśnieniem Gwaranta, że złożył ważną ofertę, która w świetle obowiązującego prawa powinna zostać uznana za ważną. W toku badania treści złożonych ofert. Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego (Wykonawcy) z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, do czego był uprawniony na podstawie art. 26 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Działanie Zamawiającego miało tym samym znamiona zaniechania wykonania czynności, do których jest zobowiązany w świetle ustanowionego Pzp. Naruszony w związku z następstwem zaniechań Zamawiającego został art. 24 ust. 2 pkt. 2, przez co doszło do omylnej, chybionej

i błędnej decyzji Zamawiającego, polegającej na przyjęciu wadliwej normy prawnej, która skutkowałą omylnym i chybnym wykluczeniem Odwołującego z dalszej części oceny ofert. Do oferty zostało Odwołującego załączone wadium, zostało ono wniesione również do Zamawiającego w oryginale (oryginał dokumentu). Zamawiający potwierdził odbiór wadium, poprzez jego przyjęcie.

W treści gwarancji ubezpieczeniowej Gwarant zawarł następujące zapisy: *„Ponieważ Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S..... B..... Spółka Jawna z siedzibą: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów (...) składa ofertę na kontrakt 2B Budowa Sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej etap II - część B, Projekt pn. Modernizacja i rozbudowa systemu gospodarki wodno-ściekowej miasta Nowego Sącza z przyległymi terenami gmin sąsiednich realizowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 nr CCI 2007/PL/161/PR/007, nr. ref. CCI 2007/PL/161/PR/007-02B-część I”*. Odwołujący składał więc ofertę na postępowanie w części 1 przedmiotowego postępowania. W treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej została więc zawarta pełna nazwa przedmiotowego postępowania, zgodnie z SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu. Prostem więc do zidentyfikowania i stwierdzenia jest sam zamiar, jaki miał Odwołujący składając ofertę. W dalszej części gwarancji Gwarant zawarł stosowny zapis: *„Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołanie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, 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 2004r Prawo zamówień publicznych”*. Gwarant wypełnił więc obowiązek wynikający z wymagań stawianych przez Pzp. Zobowiązał się *„bezwarunkowo i nieodwołanie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej”*. Stan faktyczny, opisany powyżej jest więc stanem, do którego nie można wnieść zastrzeżeń. Gwarancja jest wystawiona na konkretne postępowanie, na które Odwołujący złożył ofertę, tj. Część I - w której złożona przez Odwołującego oferta posiadała najkorzystniejszą cenowo wartość oferty, w jedynym kryterium, jakim była cena. Stan faktyczny jest więc między stronami bezsporny, zgodnie z treścią Pzp oraz na podstawie wykładni, jaką nakazuje stosować Prawo Polskie oraz Prawo WE. Gwarancja obejmuje przedmiotowe postępowanie przetargowe, na które Odwołujący złożył ofertę - w części nr 1. Zamawiający przyporządkował złożoną ofertę przez Odwołującego, gdyż zidentyfikował ją, jako ofertę złożoną na część 1 postępowania. Zawarł taką informację choćby w wyniku postępowania. Zamawiający nie miał więc problemów z identyfikacją oferty złożonej przez Odwołującego. Jedynym błędem, jaki stwierdził Zamawiający było *„Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie zabezpieczył swojej oferty dla Części I wadium zgodnymi z zapisami pkt. 12.2.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* Zamawiający nie

potwierdził poprzez użycie takiego stwierdzenia, że „wykonawca nie wniósł wadium”, a jedynie, że „Wobec powyższego należy uznać”. Samo takie stwierdzenie jest więc warunkowe. Nie wypełnia ono więc formy o której mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3, który nakazuje podać „uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Świadczy to tym samym o wątpliwościach, jakie mógł mieć Zamawiający, na etapie podejmowania decyzji o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania. Złożone w postępowaniu wadium, w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jest ważne, gdyż pozwala w pełni zidentyfikować Zamawiającego przeprowadzającego przedmiotowe postępowanie, pomimo, iż obarczone jest omyłką pisarską, która nie wpływa na ważność i skuteczność całego dokumentu. Wadium jest tym samym ważne, wypełnia przesłanki o których mowa w Pzp. Podobnie sprawę w doktrynie Pzp ocenia Krajowa Izba Odwoławcza, która w kwestii wykładni błędów pisarskich gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wskazuje: „*Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny, istotą sporu jest ocena prawna załączonego do oferty dowodu wniesienia wadium. Zdaniem Izby, ocena dokonana przez Zamawiającego była błędna, a w konsekwencji brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący prawidłowo wniósł wadium i udokumentował ten fakt*”. Wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Z treści gwarancji wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie. Jednocześnie treść gwarancji stanowi, że zapłata nastąpi w na podstawie oświadczenia, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w Pzp. W przedmiotowej sprawie Izba nie dopatrzyła się ryzyka niemożliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z gwarancji. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej, zawierana przez wykonawcę, tworzy stosunek prawny, w którym stroną zobowiązaną do świadczenia jest gwarant (zakład ubezpieczeń), a podmiotem uprawnionym - beneficjent, czyli zamawiający. Izba uznała ponadto, że niemożliwym jest, aby zakład ubezpieczeń mógł skutecznie uchylić się od spełnienia świadczenia w przypadku zajścia zdarzenia objętego gwarancją. Podkreślono również przez Izbę, że: „*gwarancja jest nieodwołalna, co wynika wprost z jej treści.*” Stanowisko wynikające z Kodeksu Cywilnego z art. 808 stanowi dokładnie o wykładni, jaką przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza oraz jaka jest wiążąca i która należy stosować: „*Przepis art. 808 § 1 zd. 2 K.c. stanowi, że ubezpieczony (beneficjent gwarancji) może nie być imiennie wskazany w umowie, chyba że jest to konieczne do określenia przedmiotu ubezpieczenia*”.

W przedmiotowym przypadku przedmiotem zamówienia był kontrakt, którego dokładna nazwa oraz numer części został wskazany w treści gwarancji. Zamawiający nie mógł więc uznać, że oferta nie jest zabezpieczona ważnym wadium, na podstawie omyłki pisarskiej w nazewnictwie Zamawiającego. Żaden inny Zamawiający w Polsce, czy też

w innym Kraju Unii Europejskiej nie organizował przedmiotowego postępowania. Wykonawca złożył ponadto oferty na inne części, gdzie zabezpieczył swoje oferty wadium, które uznane zostało za ważne. Brak jest więc tym samym możliwości stwierdzenia, że Wykonawca chciał złożyć ofertę nie ważną. Wykonawca, będący teraz Odwołującym narażał by się więc na straty finansowe, pozyskując gwarancję zapłaty wadium, która nie zabezpieczała by ważności oferty. Było by to zupełnie irracjonalne postępowanie.

Odwołujący podniósł, że KIO stoi na stanowisku, że Pzp nie zawiera szczególnych wymogów, które musi spełniać gwarancja ubezpieczeniowa, aby uznać ją za wadium stanowiące właściwe zabezpieczenie dla oferty. Tym samym na podstawie stanu faktycznego i prawnego, z jakim mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, chybionym i z naruszeniem prawa jest wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Pomimo braku przepisów o poprawianiu błędów w dokumencie gwarancji wadialnej. KIO stoi na stanowisku, że, *„Zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości dotyczących złożonego przez wykonawcę dokumentu gwarancji”*. KIO podkreśla przy tym, że obowiązek ten ma związek z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Dodatkowo, Odwołujący wnosil o uznanie dodatkowych argumentów. Gwarancja ubezpieczeniowa numer 903004513704 z dnia 30.01.2013 r. zawiera łącznie około 170 słów oraz kilkadziesiąt przedimków. Sam błąd, który spowodował wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania, tym samym pozbawił go możliwości wykonywania zamówienia zawierał 9 słów oraz kilka przedimków. Wskazany błąd wynosił więc około 5,29 % w stosunku pozostałych zdań i przedimków całej gwarancji. Omyłki pisarskie, polegające na użyciu kilku niewłaściwych słów i przedimków nie mogą stanowić o nieważności całego dokumentu. W pozostałych zapisach gwarancji nie ma niezgodności ani omyłek pisarskich, co potwierdza Zamawiający. Niezgodnym z prawem jest tym samym przyjęcie, że omyłki pisarskie opisane w treści niniejszego odwołania stanowią o chybionej formie całego dokumentu. Zamawiający nie zanegował pozostałych warunków gwarancji, tym samym uznał je za spełnione. Treść gwarancji odpowiadała treści SIWZ, była również zgodna z treścią ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanym w TED. Chybionym zatem było przyjęcie, że oferta nie jest zabezpieczona wadium, co spowodowało wykluczenie Odwołującego, podczas gdy Odwołujący złożył oświadczenie woli, wyrażone w postaci skutecznie złożonej oferty. Odwołujący nie miał by żadnego interesu prawnego, gdyby nawet chciał przyjąć możliwość złożenia nie spełniającej wymogi SIWZ gwarancji ubezpieczeniowej, co z miejsca można było by uznać działaniem na szkodę własną Odwołującego. Odwołujący dopełnił wszystkich wymaganych procedur, poczynwszy od złożenia kompletnego wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium wraz z załącznikami, którymi było SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu, w których to dokumentach jasno



i czytelnie określono nazwę Zamawiającego, będącego beneficjentem gwarancji. Złożone przez Odwołującego wadium było więc skuteczne, co potwierdził bezwarunkowo Gwarant, będący wystawcą gwarancji. Niemożliwym jest zatem uznanie za zasadny i zgodny z prawem zarzut, opisany w rozstrzygnięciu przetargu nieorganicznego, którego efektem jest niesłuszne wykluczenie Odwołującego z postępowania. Podobne stanowisko i doktryna wynika wprost z KC, który jest wykładnią, w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych i bankowych: „Art. 65. § 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 badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.” Powyższe jest więc kolejnym argumentem, za tym, że złożone oświadczenie przez strony - jest ważne, aniżeli sam końcowy dokument gwarancji zapłaty wadium, który posiada nieliczne omyłki pisarskie. Obie strony miały zgodny zamiar, jakim było udzielenie i pozyskanie gwarancji zapłaty wadium. Zamiarem Wykonawcy było pozyskanie wadium, które spełnia wymogi SIWZ. Zamiarem Gwaranta było wystawienie Gwarancji, zgodnej ze złożonym wnioskiem, która spełnia wymagania SIWZ oraz która zabezpieczy należycie interesy Wykonawcy, będącego w tej chwili Odwołującym. Poprzez mylne i chybione zastosowanie wykładni prawa Polskiego oraz Prawa Wewnętrznego Wspólnotowego Zamawiający z urzędu naraża się dodatkowo, na możliwość kar finansowych, nakładanych przez instytucje wdrażające i nadzorujące wydatkowanie środków, które pochodzą z projektów współfinansowanych ze środków funduszy Unii Europejskiej. Zamawiający poprzez zaniechania opisane w niniejszym odwołaniu, z urzędu nakłada na siebie karę, która może zostać wymierzona w postaci korekty finansowej za naruszenia prawa Zamówień Publicznych, związanych z realizacją projektów UE. Zgodnie bowiem z taryfikatorem korekt, jakie mogą być nakładane, obowiązującą w takim przypadku jest konkretyzacja wysokości korekt finansowych. Zgodnie z tą zasadą, wysokość szkody szacuje się na podstawie analizy dokumentacji przetargowej. W przedmiotowym postępowaniu wysokość korekty, jaka zostanie nałożona na Zamawiającego możemy wyliczyć na podstawie prostego rachunku matematycznego, wynoszącego różnicę pomiędzy ceną oferty wykluczonej z naruszeniem przepisów a ceną oferty wybranej. Oferta odwołującego wynosiła:

1. Konsorcjum INSTBUD 14 419 397,01 zł brutto

Podczas gdy oferta wybrana „jako najkorzystniejsza” wynosiła.

2. Firma M..... 14 696 187,60 zł brutto. Różnica wynosi więc aż 276 790,59 zł brutto (słownie: dwieście siedemdziesiąt sześć tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt 59/100 zł), która jest więc znaczną kwotą naruszenia w świetle dyrektyw WE oraz przepisów wykonawczych. W świetle Polskiego Prawa, stanowi również naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dokonana przez Zamawiającego decyzja jest więc złamaniem nie tylko naruszeniem art. 7

Pzp oraz aktów wykonawczych, polegająca na nierównym traktowaniu Wykonawców oraz złamaniem zasad przejrzystości ale także godzi w podstawowe przepisy nie tylko Prawa Polskiego, ale przede wszystkim Dyrektywy Klasycznej WE (przepisy wspólnotowe Unii Europejskiej), która ma znaczenie nadrzędne nad Prawem Krajowym.

Zamawiający w dniu 11.03.2013 r. wezwał (pocztą) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Gwarancja ubezpieczeniowa nr 903004513704 z dnia 2013.01.30 jest wystawiona nie na zamawiającego Sąddeckie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 22, 33-300 Nowy Sącz lecz nie Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków co przyznaje ubezpieczyciel i odwołujący. Wniosek o udzielenie gwarancji nie jest załącznikiem do gwarancji jak to stara się udowodnić Odwołujący. Odwołujący stwierdza że wyjaśnienie od gwaranta otrzymał telefonicznie w dniu 2013.02.01. Pismo gwaranta z dnia 2013.02.01 nie ma adnotacji kiedy wpłynęło do odwołującego, zatem nie może stanowić dowodu w sprawie. Dlaczego gwarant który sugeruje zaistnienie omyłki pisarskiej w treści gwarancji nie skorygował jej przez wydanie nowej gwarancji o właściwej treści. Odwołujący powołując się na doktrynę KIO nie podaje w jakich to konkretnie wyrokach było zatem nie może to stanowić dowodu w sprawie, bo okoliczność i fakty mogły być zupełnie inne niż w tej sprawie. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest całkowicie bezzasadny w nawiązaniu że zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, który na tą okoliczność przywołuje odwołujący. Art. 87 ust. 1 Pzp stanowi że Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty ale nie musi. Dla zamawiającego treść gwarancji wadialnej, tj. określenie beneficjenta było jednoznaczne, dlatego nie żądał wyjaśnień. Nie został także naruszony art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp który nie stanowi jak pisze odwołujący „*nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień*”, lecz stanowi zupełnie o czym innym bo o poprawieniu innych omyłek, lecz nie dotyczy to wadium. Gdyby zamawiający poprawił - zmienił nazwę beneficjenta na gwarancji wadialnej, byłoby to naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, ponieważ byłaby to istotna zmiana w treści oferty. Nie ma żadnego uzasadnienia przytoczenia art. 26 i art. 45 ust. 6 Pzp ponieważ art. 26 nie dotyczy wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnień wadium, lecz tylko dotyczy dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Pzp, a do tych dokumentów nie zalicza się wadium. Przepis art. 45 ust. 6 Pzp dotyczy form wnoszenia wadium i nie wiadomo w jakim celu przytoczył go odwołujący, bo zamawiający nie kwestionuje formy w jakiej można wnosić

wadium. Odwołujący nie podaje w jaki sposób został naruszony art. 7 Pzp i jaki zapis dyrektywy klasycznej WE. Zamawiający ocenia złożone dokumenty, a Pzp nie nakłada na niego obowiązku dokonywania wykładni w oparciu o przypisy KC, gdy Pzp jednoznacznie określa sposoby wnoszenia wadium. Właśnie gdyby zamawiający uznał wadium które wniósł odwołujący, wówczas naruszyłby przepis art. 7, bo nierówno by traktował wykonawców którzy wnieśli prawidłowe gwarancje wadialne. Kuriozalny jest zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp ponieważ jego dyspozycje zamawiający wykonał zgodnie z jego treścią informując że wykonawca został wykluczony z postępowania zapis pkt 2 str. 2 zawiadomienia oraz podał uzasadnienie prawne i faktyczne na str. 3 i 4 zawiadomienia. Ocena błędu na 5,29 % pozostawiamy bez komentarza jako rzecz wirtualną, nie mającą związku na sprawę. Różnica pomiędzy ocenami ofert odwołującego wynosząca „aż 276.790,59 zł brutto” stanowi 1,92% ceny oferty odwołującego i nie jest „znaczną kwotą naruszenia”, jak to sugeruje odwołujący. Ponadto straszenie zamawiającego karami nie ma znaczenia w sprawie i jest tylko dowodem pieniactwa odwołującego, który nie sprawdzając treści gwarancji wadialnej, nie zadbał należycie o swój interes i poniósł tego konsekwencje, a teraz odpowiedzialność za to stara się przenieść na zamawiającego - dlatego tego nie komentujemy. Każdy dokument który się składa na treść oferty, wykonawca ma obowiązek dokładnie sprawdzić czy ma prawidłową formę i treść. Odwołujący i gwarant sugeruje że omyłka pisarska była w gwarancji w nazwie beneficjenta ale mogła być tak samo w nazwie zadania, dlatego zamawiający słusznie uznał że wykonawca nie wniósł wadium i wykluczył go z postępowania. W oparciu o przedłożone wyjaśnienia żądamy oddalenia odwołania w całości.

W dniu 19.03.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu na posiedzeniu. Zamawiający nie uwzględni zawartych w nim zarzutów wobec czego brak jest podstaw do uwzględnia żądań zgłoszonych przez Odwołującego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający wnosil o :

- 1) oddalenie wniosków Odwołującego się o przeprowadzenie dowodów z przedłożonych przez Odwołującego się: Wyjaśnień ubezpieczyciela z dnia 01.02.2013 r. oraz wniosku o udzielenie gwarancji z 28.01.2013 r.
- 2) przeprowadzenie dowodów z :
  - a) treści gwarancji o Nr BUF034645 przedłożonej przez Odwołującego się do innej jego oferty złożonej w ramach postępowania: Kontrakt 2B "Budowa sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej etap II - Część B, w ramach projektu p.n. „Modernizacja i rozbudowa

*systemu gospodarki wodno-ciekowej miasta Nowego Sącza z przyległymi terenami gmin sąsiednich"*- postępowanie nr CCI 2007/PL/161/PR/007-02B - Część III

b) treści pisma Dom Brokerski Patron z dnia 11.03.2013 r.

3) oddalenie odwołania w całości

4) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3600 zł. Po zapoznaniu się z treścią przedmiotowego odwołania oraz przedstawioną argumentacją i załączonymi dowodami, Zamawiający postanowił nie uznać za zasadne zarzutów zawartych w przedmiotowym odwołaniu. Istota sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do oceny prawnej załączonego do oferty dowodu wadium a w konsekwencji prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania. Zdaniem Zamawiającego, wadium nie zabezpieczało Oferty dla Części 1 w sposób zgodny z przepisami Pzp oraz zapisami pkt 12.2.2 SIWZ, gdyż wadliwość gwarancji, a w szczególności błędne wskazanie osoby beneficjenta gwarancji dyskwalifikowało jej wykonalność. Tym samym nie można było uznać, że Odwołujący wniósł wadium. W konsekwencji taki stan rzeczy stanowił podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 65 § 1 kc. Odnosząc się do ww. zarzutów Zamawiający uznaje za właściwą i zgodną z przepisami prawa decyzję o wykluczeniu z postępowania Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wymogi jakie winno spełniać wadium wniesione w formie gwarancji zawiera m.in. pkt 12.2.2) SIWZ. Zgodnie z tym zapisami gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać m.in. (lit. a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej dającej gwarancję) oraz wskazanie ich siedzib. Odwołujący przedłożył do oferty gwarancję ubezpieczeniową (WADIUM) w treści do której jako Zamawiającego wskazano Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna z siedzibą: Ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków. Bezsporne jest to, że Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest spółka pod firmą: Sądeckie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Wincentego Pola 22, 33-300 Nowy Sącz. Kwalifikacja Odwołującego błędnego zapisu w rzeczonyj gwarancji ubezpieczeniowej jako oczywistej omyłki jest chybiona, a oparte na tym założeniu zarzuty odwołania są bezpodstawne,

Na wstępie zaznaczył, że przepisy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego, I tak przez pojęcie wadium, w myśl art. 704 kc, należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wadium zabezpiecza ofertę czyniąc ją ważną przez cały bieg związania ofertą,

czyli od momentu upływu terminu składania oferty aż do upływu określonego terminu związania ofertą. Zarówno na gruncie Kodeksu cywilnego, jak i Pzp, rolą wadium jest bowiem zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, Zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą, niezależnie od tego, kiedy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, czy innych czynności jak np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie.

Wadium dotyczy przedmiotu zamówienia, a nie podmiotu, czyli wykonawcy. Dowód wniesienia wadium nie stanowi treści oferty, bo nie jest oświadczeniem woli zawarcia umowy. Tym samym do dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium nie mają zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (tak np. KIO w wyroku z 30.04.2012 r. sygn. akt: KIO 773/12: *„Gwarancja wadialna nie należy do kategorii dokumentów opisanych w art. 25 ust. 1 p.z.p., ani też nie jest częścią oferty, dlatego nie podlega wyjaśnianiu ani w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. ani w trybie przewidzianym art. 87 ust. 1 p.z.p.”*). Podkreślił, że Zamawiający ocenia prawidłowość wniesienia wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W razie stwierdzenia, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały na tę okoliczność przedłożone przed upływem terminu otwarcia ofert. Brak jest więc także możliwości uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jak również poprawienia błędnej gwarancji na etapie oceny ofert. Wadliwy dokument gwarancji nie jest bowiem dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Powyższy pogląd jest ugruntowany w piśmiennictwie i orzecznictwie KIO (tak wyrok KIO z 21.01.2011, sygn. akt: KIO 36/11). Pogląd powyższy wyrażony został także w orzeczeniu KIO z 04.03.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 333/11, zgodnie z którym *„ustawa nie przewiduje odrębnego trybu "wyjaśnienia" treści dokumentu gwarancji, gdyż skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego w formie gwarancji, mającej charakter zobowiązania abstrakcyjnego, odrębnego od zobowiązania z oferty, powinna w sposób jasny, pewny i jednoznaczny wynikać z treści dokumentu gwarancji wskazującego w sposób właściwy okoliczności, w których zamawiający będzie mógł skorzystać z zabezpieczenia wadialnego oferty”*. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 23.08.2012, sygn. akt: KIO 1683/12: *„Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej - jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie P.z.p. podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do*

*zmiany warunków gwarancji (podobnie KIO 63/12).*" Mając powyższe na uwadze, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 26 i art. 87 ust. 2 pkt 3 nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp ani okolicznościach sprawy.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów Zamawiający podnosił, co następuje: Niewątpliwie należy uznać, że instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie została szczegółowo uregulowana w przepisach prawa materialnego. Jedynie ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.) nazywają czynnością ubezpieczeniową (art. 3 ust. 3 pkt 1) oraz wspomina o niej w załączniku do tej ustawy. W przeciwieństwie jednak do gwarancji bankowej, przepisy prawa nie określają ani treści, ani formy gwarancji ubezpieczeniowej, ani zasad udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Tym samym zakład ubezpieczeniowy wystawiając gwarancję ustala jej treść w uzgodnieniu ze zleceniodawcą. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, iż zobowiązanie ubezpieczyciela zawarte w gwarancji ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki „zaspokojenia się” z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości. Wskazał, że z uwagi na funkcję w postępowaniu o zamówienie publiczne wadium stanowi formę zabezpieczenia zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który mógłby odmówić podpisania umowy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, których oferty nie zostały należycie zabezpieczone wadium, godzi zatem w obowiązujący w tym zakresie porządek prawny. Jak już wyżej wskazano wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i na ten moment należy oceniać skuteczność jego wniesienia, biorąc również pod uwagę wyrażoną w art. 7 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prymat tej zasady w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przejawia się również w tym, iż tylko w przypadkach wskazanych w ustawie możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia określonego rodzaju dokumentów, czy wezwania do złożenia wyjaśnień. A istotnym ograniczeniem tych instytucji jest fakt, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać na dzień składania ofert. Biorąc pod uwagę to, że gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument wadialny na którego treść Zamawiający nie ma wpływu ma zabezpieczyć roszczenia finansowe zamawiającego, oraz wyrażony w orzecznictwie i literaturze pogląd, iż wadium wniesione w tej formie musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, należy uznać, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (wyrok KIO z 06.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1225/10; KIO/UZP 1231/10). O ile bowiem 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

wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę (wyrok KIO z dnia 05.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2077/10). W treści gwarancji wskazanie warunków spełnienia świadczenia musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość „zaspokojenia się” z gwarancji nie była kwestionowana, zważywszy iż treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok SN z dnia 04.10.1995 r., II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 r., poz. 29). Zamawiający musi mieć pewność, że oferta została prawidłowo zabezpieczona, nie może zaś opierać się na domniemaniach oraz składaniu deklaracji dobrej woli przez wykonawców (wyrok ZA z dnia 31.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1529/06). W treści gwarancji złożonej przez Odwołującego mamy do czynienia z brakami, które świadczą, iż wadium nie zostało ani ustanowione, ani tym bardziej skutecznie wniesione. Dotyczą one istotnych elementów gwarancji tj. braku prawidłowego wskazania osoby beneficjenta gwarancji tj. spółki Sądeckie Wodociągi sp. z o.o., co zgodnie m.in. z postanowieniami SIWZ powinno zostać dokonane w sposób jednoznaczny. W żaden sposób nie można błędów w wadliwym oznaczeniu beneficjenta gwarancji uznać za oczywiste omyłki pisarskie, jak chce tego odwołujący. W treści gwarancji przedłożonej przez Odwołującego wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA SA, określone zostały niepoprawnie dane Zamawiającego: zarówno nazwa/firma składająca się z kilku wyrazów, siedziba oraz adres. Należy zaznaczyć, że Odwołujący nie popełnił błędu w pisowni, oznaczeniu Zamawiającego a podał dane innego istniejącego w podobnej branży podmiotu gospodarczego. Zatem takiego błędu w opisie podmiotu, nie można interpretować jako oczywistej omyłki pisarskiej. Zgodnie z poglądami KIO: *„oczywista omyłka pisarska polega na niezgodnym z zamierzonym, niewłaściwym bądź mylnym użyciu wyrazu lub jego pisowni, albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. Omyłka oczywista jest widoczna na pierwszy rzut oka, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień”* (m.in. wyrok KIO z dnia 04.07.2008 r. KIO/UZP 621/08). *„Wszystkie wymienione wyżej wady charakteryzuje cecha "oczywistości" (gdzie "oczywista" znaczy "bezsportna, nie budząca wątpliwości")”* - tak wyrok ZA z dnia 29.12.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2255/04. W przedłożonej gwarancji sens wypowiedzi był jednoznaczny i zrozumiały - jako beneficjenta wskazano zupełnie inny podmiot a nie Zamawiającego. Trudno uznać za omyłkę to co w dokumencie zostało wyraźnie stwierdzone. Zamawiający zwrócił także uwagę, iż w gwarancji ubezpieczeniowej o Nr BUF034645 wystawionej przez GÖTHAER Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie załączonej do innej oferty Odwołującego się w tym samym postępowaniu Nr CCI 2007/PL/161/PR/007-02B, lecz obejmującym Cz. III Kontraktu 2B, element gwarancji jakim jest oznaczenie Zamawiającego jako beneficjenta jest prawidłowy. Zważyć też należy, że przy zachowaniu należytej staranności profesjonalisty, jakim bez wątpienia winien być zakład ubezpieczeniowy lub jego przedstawiciel, można by uniknąć nieusuwalnych błędów przez niego poczynionych w treści gwarancji.

Oprócz zarzutu błędnego wskazania w treści gwarancji osoby beneficjenta podnieść także należy, że przedłożona gwarancja została wystawiona bez właściwego wykazania uprawnienia do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Gwaranta. Z treści gwarancji Nr 903004513704 wynika, że Gwarantem jest Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie . Dokument wadialny w postaci gwarancji została natomiast podpisany przez Pana T..... S..... Pośrednictwo Ubezpieczeniowo-Finansowe w Mszanie Dolnej. Do dokumentu gwarancji nie został dołączony żaden dokument z którego treści wynikałoby, że Pan T..... S..... jest upoważniony do zaciągania zobowiązań w imieniu Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie. W miejscu przeznaczonym na pieczęć Gwaranta znajduje się pieczętka zawierająca nazwę i dane dotyczące działalności gospodarczej Pana T. S..... Zgodnie z art. 96 kc umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Przepis ten wskazuje na jedną z dwóch źródeł umocowania przedstawiciela oświadczenie reprezentowanego, co ma zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy. Pełnomocnictwo jest samoistnym stosunkiem prawnym łączącym pełnomocnika z mocodawcą. Jego treścią jest uprawnienie pełnomocnika do reprezentowania mocodawcy z bezpośrednim skutkiem prawnym dla niego. Brak pełnomocnictwa powoduje , że ważność czynności prawnej zdziałanej bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta (art. 103 § 1 kc). W braku potwierdzenia ten, kto zawarł umowę w cudzym imieniu, obowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania lub o przekroczeniu jego zakresu (art. 103 § 3 kc). Mając na uwadze treść ww. przepisów należy stwierdzić, że nie wykazanie przez Pana T. S..... umocowania do wystawienia gwarancji na sumę 200.000 zł w sposób oczywisty nie pozwala na uznanie, że gwarancja spełnia wymogi określone w ustawie PZP. W szczególności Zamawiający nie miał żadnej pewności, że Gwarant faktycznie umocował Pana T. S..... do zaciągania w jego imieniu zobowiązań na tak wysoką kwotę. Istniało potencjalne ryzyko, że w razie ziszczenia się warunków do zapłaty kwoty z gwarancji Gwarant odmówi jego zapłaty powołując się nie tylko na błędne wskazanie osoby beneficjenta, ale także na brak umocowania lub przekroczenie jego zakresu. Reasumując, zdaniem Zamawiającego, wadium zostało wniesione w niewłaściwy sposób , co kwalifikowane jest na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. - jako niewniesienie wadium. Taka sytuacja skutkuje obowiązkiem zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Tym samym wykluczenie odwołującego w ocenie zamawiającego było uzasadnione.



Jeśli chodzi o wyjaśnienia składane przez odwołującego po upływie terminu składania ofert a dotyczące treści gwarancji ubezpieczeniowej należy uznać, że nie zasługują one na uwzględnienie ich w niniejszym postępowaniu - co potwierdza orzecznictwo KIO np. wyrok z 03.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 352/09. Ponadto, wadliwie wniesionego wadium nie można konwalidować po upływie terminu składania ofert (wyrok KIO z dnia 29.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 69/09). W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej ustanowienie wadium następuje z chwilą wystawienia dokumentu gwarancyjnego przez ubezpieczyciela, zaś wniesienie wadium następuje z chwilą złożenia tego dokumentu zamawiającemu (wyrok KIO z dnia 11.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1867/09). Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta (wyrok KIO z 23.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1180/10). Niezależnie od powyższego Zamawiający, odnosząc się do przedłożonego Wyjaśnienia z dnia 01.02.2013 r., poddaje w wątpliwość, że Wyjaśnienie to zostało sporządzone w dniu 01.02.2013 r. Skoro bowiem Odwołujący się już w dniu 01.02.2013 r. posiadał ten dokument to nic nie stało na przeszkodzie aby został on przedłożony, choćby za pomocą faxu, przed terminem składania ofert, tj. 01.02.2013 r. godz. 11.00 lub nawet po tym terminie, ale jeszcze przed dokonaniem wyboru oferty. Ponadto Wyjaśnienie z dnia 01.02.2013 r. zostało podpisane przez Pana T. S..... - przedstawiciela Gwaranta bez wykazania umocowania do działania w jego imieniu. Należy też zauważyć też, że dokument nie zawiera żadnej informacji o dacie jego wpływu do Odwołującego. Z treści ww dokumentu nasuwa się więc wątpliwość czy nie został on sporządzony już po terminie wskazanym przez Odwołującego się i wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do podniesionej przez odwołującego możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 65 kc należy pamiętać, iż ten przepis prawny nie służy do korygowania, uzupełnienia czy kontroli treści oświadczenia woli stosownie do zasad uczciwości i słuszności. Temu celowi służą bowiem inne instrumenty prawne, jak np. art. 58 kc, a przez analogię na gruncie postępowania administracyjnego art. 113 k.p.a. (Komentarze Becka, Kodeks cywilny, komentarz, T. I, W-wa 1997, s. 180). Brak jest natomiast takich instrumentów na gruncie Pzp w stosunku do dokumentu stanowiącego zabezpieczenie z tytułu wniesienia wadium. Dodatkowo, art. 65 § 2 kc odnosi się z reguły do umowy a więc dwustronnej czynności prawnej, z którą nie mamy do czynienia w uwarunkowaniach faktycznych sprawy (gwarancja jest czynnością jednostronną) i trudno tu szukać właściwych odniesień do spornego stanu faktycznego. Niezależnie od powyższego należy podnieść, że co prawda KIO w niektórych przypadkach dopuszcza stosowane w odniesieniu do postanowień gwarancji wadialnych przepisów art. 65 kc, ale tylko wówczas, gdy potrzeba takiej wykładni, wynika z nieprecyzyjności użytego wyrażenia (Wyrok KIO

z dnia 07.05.2012 r., sygn. akt: KIO 842/12; KIO 849/12). W przedłożonej gwarancji sens wypowiedzi był jednoznaczny i zrozumiały, zatem nie mogła mieć miejsca wykładnia oświadczenia woli - zaprzeczająca, temu, co pierwotnie w dokumentach tych zostało wyraźnie przez stwierdzone. Nie można jak czyni to odwołujący, marginalizować negatywnych skutków wynikających z błędów czy usterek zawartych w dokumencie mającym stanowić zabezpieczenie roszczeń finansowych zamawiającego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. To bowiem w interesie prawnym i faktycznym obu stron postępowania, a zwłaszcza zamawiającego, leży poprawność takiego dokumentu, tak co do treści, jak i formy. Także sądy cywilne traktują gwarancję ubezpieczeniową i jej elementy składowe bardzo rygorystycznie. Możliwości rozpatrywania treści gwarancji przez pryzmat art. 65 kc są bardzo ograniczone i nie mogą dotyczyć jej *essentialia negotii*, do których niewątpliwie należy NAZWA ZAMAWIAJĄCEGO i jego opis poprzez wskazanie siedziby i adresu. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11.01.2006 r. (sygn. akt: I ACa 761/05) *"Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Należy jednak podkreślić, że gwarant może podnosić bez ograniczeń zarzuty wyprowadzone ze stosunku łączącego go z beneficjentem. Przyjmuje się też, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. W sformalizowanym postępowaniu przetargowym nie jest rolą Zamawiającego wnikanie w stosunki wiążące Oferenta z podmiotem trzecim - Gwarantem. Zamawiający nie ma obowiązku domniemywać, że Oferent zawarł rzetelną i uczciwą umowę z podmiotem trzecim - ubezpieczycielem, skoro nie znajduje to odzwierciedlenia w złożonych przez Oferenta dokumentach"*. Jak już wyżej wskazano dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (wyrok KIO z 06.07.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1225/10; KIO/UZP 1231/10), a Zamawiający musi mieć pewność, że oferta została prawidłowo zabezpieczona i nie może opierać się na domniemaniach oraz składaniu deklaracji dobrej woli przez wykonawców (wyrok ZA z dnia 31.05.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1529/06). Mając na uwadze błędną treść gwarancji przedłożonej przez Odwołującego się nie trudno hipotetycznie stwierdzić, że w przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących „skorzystaniem” przez zamawiającego z dokumentu gwarancyjnego, owe „skorzystanie”, wobec ewidentnych błędów przedmiotowego dokumentu, byłoby prawnie nieskuteczne. Wiarygodność i moc dowodowa tak ważnego dla zamawiającego i całego postępowania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, jeśli jest ona sporządzona w sposób wadliwy i nierzetelny doznaje znacznego „osłabienia”. Z drugiej strony uwzględnienie przez Zamawiającego takiego wadliwego dokumentu stanowiłoby w istocie przerzucenie na

zamawiającego niekorzystnych skutków z niego wypływających lub mogących wypłynąć, godząc tym samym w cel, któremu ma służyć gwarancja ubezpieczeniowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający wypełnił bowiem wobec Odwołującego dyspozycję powołanego przepisu. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.02.2013 r. podał uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia Odwołującego. Zarzut odwołania oparty na odmiennym stanowisku jest niewłaściwy. Warto pamiętać, że ustawodawca nie wskazał, jakie elementy uzasadnienia prawne i faktyczne wykluczenia wykonawcy ma zawierać. Ma ono być przede wszystkim zrozumiałe dla wykonawcy. Zamawiający wymienił art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego oraz przytoczył treść tego przepisu. Zamawiający nie był zobowiązany do podawania wykładni tego przepisu, skoro w uzasadnieniu faktycznym podał przyczyny zastosowania przepisu stanowiącego podstawę wykluczenia i odwołał się do szczegółowego wyjaśnienia tejże podstawy. O dokładnym i jednoznacznym uzasadnieniu przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, świadczy treść odwołania potwierdzająca prawidłowe odczytanie przez Odwołującego woli Zamawiającego, podstaw i przyczyn takiej decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu niedokonania i nieprzyjęcia przez Zamawiającego wykładni gwarancji ubezpieczeniowej wynikającej z kodeksu cywilnego - celem wywiedzenia naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 Pzp, należy uznać, że zarzut taki jest w ocenie Zamawiającego zbędny. Wystarczające w tym względzie jest bowiem wykazanie bezpodstawności wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, ze wskazanych przyczyn, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 7 Pzp., nakazującego równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Zamawiający odnosząc się do przywołania przez Odwołującego m.in. też z wyroków KIO podnosi, że z uwagi na brak podania sygnatur tych spraw Zamawiający nie ma możliwości dokonania własnej oceny zaprezentowanych rozstrzygnięć zwłaszcza jeśli chodzi o stany faktyczne w jakich zostały wydane, co w sposób zdecydowany determinuje treść orzeczenia. Tym niemniej należy zauważyć, że system prawa polskiego w tym również prawa zamówień publicznych nie przewiduje wiążącego stosowania precedensowych rozstrzygnięć. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem KIO. Reasumując, w treści gwarancji złożonej przez Odwołującego - zdaniem Zamawiającego, mamy do czynienia z błędem, który świadczy, iż wadium nie zostało ani ustanowione, ani tym bardziej skutecznie wniesione. Błąd ten dotyczy istotnych elementów gwarancji tj. wskazania innego niż Zamawiający beneficjenta gwarancji. Błędu tego nie można uznać za omyłkę pisarską, jak chce tego Odwołujący.

Oferta Odwołującego zabezpieczona została wadium w sposób nienależyty i niegwarantujący Zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji w przypadku uchylenia się przez odwołującego od obowiązku podpisania umowy. Za skutecznie wniesione wadium uznać należy takie, którym zamawiający może w sposób swobodny i samoistny dysponować, zgodnie z rolą, jaką pełni tego rodzaju forma zabezpieczenia. Istotny dla rozstrzygnięcia o skuteczności wniesienia wadium jest cel, dla którego zamawiający ustanawia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość realizacji tego celu - a więc skuteczne zabezpieczenie oferty w taki sposób, aby zamawiający mógł zaspokoić swoje roszczenia w przypadku odmowy podpisania umowy przez wybranego wykonawcę. Za brak wadium, wypełniający przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Pzp uznaje się nie tylko fakt nie wniesienia go w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, tj. gdy w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie ono mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. To obowiązkiem Odwołującego było dochowanie należytej staranności w zakresie złożenia oferty i prawidłowego wniesienia zabezpieczającego ją wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. 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.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertą Odwołującego, tak dla cz. I, jak i III, Wadium (Gwarancją Ubezpieczeniową) Nr 903004513704 z dnia 2013-01-30, Gwarancją Ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr BUF034645 z dnia 30.01.2013 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłaną 26.02.2013 r. wraz z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, czy też złożonym na posiedzeniu pismem procesowym Przystępującego z dnia 18.03.2013 r. wraz z załącznikiem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego

złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została odrzucona w cz. I i nie podlegała klasyfikacji w tej części w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 520/13, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, oferty Odwołującego, tak dla cz. I, jak i III, kopii Wadium (Gwarancji Ubezpieczeniowej) Nr 903004513704 z dnia 2013-01-30, kopii Gwarancji Ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr BUF034645 z dnia 30.01.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej 26.02.2013 r. wraz z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołania wraz z załącznikami (Wniosek o zawarcie umowy o gwarancję Ubezpieczeniową Wadialną z dnia 28.01.2013 r., pozostałe załączniki dopuszczone powyżej), przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikiem (kopia Gwarancji Ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr BUF034645 z dnia 30.01.2013 r. dopuszczona powyżej), czy też złożonym na posiedzeniu pismem procesowym Przystępującego z dnia 18.03.2013 r.

Izba nie uznała jako dowodu w sprawie, lecz opinie prywatną, czyli stanowisko strony, tj. Zamawiającego opinie Domu Brokerskiego Patron z dnia 11.03.2013 r. załączoną także do odpowiedzi na odwołanie. Podobnie Izba nie uznała jako dowodu w sprawie wyciągu z Zamówień Publicznych w Orzecznictwie – Zeszyty Orzecznicze – Zeszyt nr 12 /str. 35/ Wyd. UZP, W-wa, grudzień 2012 i powołanego orzeczenia załączonego do pisma procesowego Przystępującego z dnia 18.03.2013 r. przedłożonego na posiedzeniu, gdyż nie może ono być dowodem w sporze, a stanowi jedynie przywołanie przez Przystępującego określonego wyroku KIO w ramach przedstawionego stanowiska.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (TED) Zamawiający zawarł następujące zapisy dotyczące wadium:

*„Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym  
III. 1) Warunki dotyczące zamówienia*

III. 1.1) Wymagane wadła i gwarancje: 1.) Wadium

Dla Części I: 200 000 PLN Słownie: dwieście tysięcy PLN 00/100. Dla Części II: 100 000 PLN Słownie: sto tysięcy PLN 00/100.

*Dla Części III: 100 000 PLN Słownie: sto tysięcy PLN 00/100.*

*Dla Części IV: 150 000 PLN Słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy PLN 00/100.*

*Dla Części V: 30 000 PLN Słownie: trzydzieści tysięcy PLN 00/100.”. Z kolei w SIWZ Zamawiający zawarł następujące zapisy dotyczące wadium: "12. Wadium*

*1. Wysokość wadium.*

*Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości:*

*Dla Części I: 200 000 PLN (dwieście tysięcy PLN 00/100)*

*Dla Części II: 100 000 PLN (sto tysięcy PLN 00/100)*

*Dla Części III: 100 000 PLN (sto tysięcy PLN 00/100)*

*Dla Części IV: 150 000 PLN (sto pięćdziesiąt tysięcy PLN 00/100)*

*Dla Części V: 30 000 PLN (trzydzieści tysięcy PLN 00/100)*

*W przypadku składania oferty przez Wykonawcę na więcej niż jedną część jednocześnie dopuszcza się złożenie wadium w formie wskazanej w pkt. 12.2. 1.b) - 2. 1.e) opiewające na łączną kwotę.*

*2. Forma wadium.*

*1) Wadium może być wniesione w następujących formach:*

- a) pieniądzu;*
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;*
- c) gwarancjach bankowych;*
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;*
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. 2007 Nr 42, poz. 275, z późn. zm.).*

*2) W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzoną zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy:*

- a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,*
- b) oznaczenie postępowania,*
- c) określenie przedmiotu postępowania,*
- d) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,*
- e) kwotę gwarancji,*

- f) termin ważności gwarancji
- g) zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż:

Wykonawca, którego ofertę wybrano:

- \* odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
  - \* nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
  - \* zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
  - \* Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie".
- Postanowienie pkt 12.2.2) stosuje się również do poręczeń, określonych w pkt 11.2. 1)b) 11.2.1)e).

### 3. Miejsce i sposób wniesienia wadium.

1) Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić na następujący rachunek Zamawiającego:  
BGK 84 1130 1235 0031 5009 3520 0001

z dopiskiem:

Dla Części I: „Wadium- Kontrakt 2B, Część I Projekt w ramach Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013”.

Dla Części II: „Wadium- Kontrakt 28, Część II Projekt w ramach Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013”.

Dla Części III: „Wadium- Kontrakt 28, Część III Projekt w ramach Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013”.

Dla Części IV: „Wadium- Kontrakt 28, Część IV Projekt w ramach Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013”.

Dla Części V: „Wadium- Kontrakt 2B, Część V Projekt w ramach Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013”.

Do oferty należy dołączyć kopię polecenia przelewu.

2) Wadium w innych dopuszczonych formach (oryginały dokumentów) należy wnieść (zdeponować) w kasie Sądeckich Wodociągów Sp. z o. o. przy ul. Wincentego Pola 22, 33-300 Nowy Sącz, od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 13.00. przed terminem składania ofert, a do oferty należy dołączyć poświadczona przez Wykonawcę „za zgodność z oryginałem” kopie.

3) Za skuteczne wniesienie wadium w pieniądzu Zamawiający uzna wadium, które w oznaczonym terminie w dniu otwarcia ofert znajduje się na rachunku Zamawiającego.

4) Wykonawca, który nie wnieśli akceptowalnej formy wadium zostanie przez Zamawiającego wykluczony z ubiegania się o zamówienie publiczne.

### 4. Termin wniesienia wadium.

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego Zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek Zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert. W wymienionym przypadku dołączenie do oferty kopii polecenia przelewu wystawionego przez Wykonawcę jest warunkiem koniecznym, ale nie wystarczającym do stwierdzenia przez Zamawiającego

*terminowego wniesienia wadium przez Wykonawcę.*

*5. Zwrot wadium.*

*Zamawiający zwróci niezwłocznie wadium według zasad określonych w art. 46 ustawy Pzp.*

*6. Ważność wadium.*

*Wadium winno obowiązywać przez cały okres związania oferta, licząc od dnia złożenia oferty.*

*7. Utrata wadium.*

*1. 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.*

*2. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”.*

*Odwołujący załączył jako zabezpieczenie oferty w cz. I - Wadium (Gwarancją Ubezpieczeniową) Nr 903004513704 z dnia 2013-01-30: „Ponieważ Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S..... B..... Spotka Jawna z siedzibą: Nieznanowice 50 32-420 GDÓW, (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na KONTRAKT 2B Budowa sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej etap II -Część B, Projekt pn. Modernizacja i rozbudowa systemu gospodarki wodno-ciekowej miasta Nowego Sącza z przyległymi terenami gmin sąsiednich realizowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 -2013 nr CCI 2007/PL/161/PR/007, nr. ref. CCI 2007/PL/161/PR/007-02B - CZĘŚĆ I (dalej zwaną „Ofertą”), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81 -731 Sopot, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000024812; NIP 585-000-16-90, o kapitale zakładowym 185.980.900,- zł, który został opłacony w całości (zwane dalej „Gwarantem”) jest zobowiązane wobec Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna z siedzibą: Ul. Senatorska 1 30 -106 KRAKÓW, (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 200 000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym. Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej*



powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, 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. Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 2013-02-01 r. do dnia 2013-05-02 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.” Z kolei w cz. III - Gwarancje Ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr BUF034645 z dnia 30.01.2013 r. wystawiona przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń SA, ul. Wołoska 22A, 02-675 Warszawa, a której beneficjentem jest wskazany poprawnie Zamawiający. W dniu 26.02.2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej 26.02.2013 r. wraz z jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu zgodnie z treścią podaną na wstępie niniejszego uzasadnienia. Odwołujący w ramach odwołania załączył Wniosek o zawarcie umowy o gwarancję Ubezpieczeniową Wadialną z dnia 28.01.2013 r. oraz SIWZ, i ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie załączył opinie Domu Brokerskiego Patron z dnia 11.03.2013 r. oraz kopie Gwarancji Ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr BUF034645 z dnia 30.01.2013 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, Izba uznaje wszystkie przedstawione poniżej zarzuty za chybione:

- a) przyjęcie, bez wzywania do złożenia wyjaśnień, że ważna i prawidłowo zabezpieczona oferta, wymaganym przez Zamawiającego wadium, nie została nim zabezpieczona, czego następstwem było wykluczenie z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.
- b) nie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 nakazującego wezwanie do złożenia wyjaśnień do treści złożonej oferty w trybie art. 26 w zw. z art. 45 ust. 6 Pzp, mającego na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości co do treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.
- c) chybione zastosowanie wykładni prawa polskiego (w szczególności Pzp, przepisów szczególnych KC, przepisów prawnych dotyczących działalności ubezpieczeniowej) poprzez nie uznanie oświadczenia woli, jakim była gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, zgodna z art. 65 §1 Kc.
- d) naruszenie art. 7 Pzp oraz Dyrektywy Klasycznej WE poprzez niedokonanie i nie przyjęcie wykładni gwarancji ubezpieczeniowej wynikającej z Kc.
- e) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nie wykonanie dyspozycji w nim zawartych (uzasadnienie faktyczne i prawne) w związku z koniecznością poinformowania Wykonawcy o wykluczeniu Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2. Jednocześnie, charakter

zarzutów pozwala wyodrębnić dwie ich grupy oraz zarzut końcowy. W tej kolejności, Izba odniesie się względem ich.

Izba uznała, że dwa pierwsze zarzuty dotyczą kwestii ewentualnego wyjaśniania w trybie art. 87 ust.1, czy też art. 26 ust. 4 Pzp, tudzież sanowania treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako wadium, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, czy też art. 26 ust. 3 Pzp. W tym zakresie należy po raz kolejny podkreślić za orzecznictwem, Izba w tym zakresie wskazuje na wyroki przywołane w odpowiedzi na odwołanie (m.in. wyrok KIO 30.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1759/10, a nadto wyrok KIO z dnia 19.12.2012 r., sygn. akt: KIO 63/12, KIO 66/12), że zgodnie z obecnym brzmieniem przepisów Pzp brak jest możliwości wyjaśniania, tudzież zmian, uzupełnienia, czyli sanowania treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako wadium. Nie stanowi ona bowiem treści oferty, ani sensu stricte, ani sensu largo, służy jedynie jej zabezpieczeniu. Odwołujący podczas rozprawy co do zasady również podzielał ten pogląd. Jednakże, domagał się wyjaśnień uzyskanych przez Zamawiającego bezpośrednio od wystawcy, tudzież centrali Zakładu Ubezpieczeń. Dokument potwierdzający fakt wniesienia wadium, tak jak było już o tym mowa, nie stanowi oferty w rozumieniu przepisów Pzp. Pojęcie oferty w Pzp jest traktowane bowiem funkcjonalnie i odnosi się bądź to do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników, przy czym załącznikami stanowiącymi elementy oferty są informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tak też stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05). Przepisy rozporządzenia nie odnoszą się do dokumentów potwierdzających wniesienie wadium, gdyż wadium nie jest żadnym z dokumentów, o którym mowa w art. 25 ust.1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający ma do dyspozycji tylko i wyłącznie dokument gwarancji wadialnej, w tym wypadku ubezpieczeniowej. Zamawiający nie może brać także pod uwagę ewentualnych wyjaśnień Odwołującego, tudzież wystawcy gwarancji wadialnej uzyskanych po terminie składania ofert. (podobnie m.in. w wyroku KIO z dnia 29.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 69/09, wyroku KIO z 03.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 352/09, wyroku KIO 23.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1180/10, także w wyroku ZA z dnia 31.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1529/06, jak i wyroku SN z dnia 04.05.1995 r., sygn. akt: II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 r., poz. 29).

Względem dwóch kolejnych zarzutów, które generalnie opierają się na żądaniu przeprowadzenia wykładni oświadczenia woli, tj. treści spornej gwarancji wadialnej w formie, gwarancji ubezpieczeniowej, zgodnego z interesem Odwołującego, należy zauważyć że przywołane na rozprawie orzeczenie z dnia 09.02.2012 r., sygn. akt: KIO 150/12 podtrzymał

także tezę o braku możliwości wyjaśniania i uzupełniania treści gwarancji wadialnej, zaś możliwość przeprowadzenia stosownej wykładni oświadczenia woli odnosiło się do oczywistej omyłki pisarskiej. W ocenie Izby, nie stanowi takiej omyłki wskazanie zupełnie innego podmiotu gospodarczego istniejącego na rynku i funkcjonującego w obrocie gospodarczym i prawnym niż Zamawiający i zobowiązanie się wystawcy gwarancji do wypłaty na jego rzecz: „(...) jest zobowiązane wobec Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna z siedzibą: Ul. Senatorska 1 30 -106 KRAKÓW, (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 200 000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym. (...)”. Zasadnie podnosił Zamawiający na rozprawie, że przyjmując stanowisko Odwołującego równie dobrze można uznać, że oczywistą omyłką pisarską nie jest błędne wskazanie beneficjenta, lecz podanie nazwy i numeru referencyjnego postępowania przetargowego. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swoich tez, tj. że inny wskazany podmiot gospodarczy nie prowadzi w tym samym czasie podobnego postępowania przetargowego. Okoliczność złożenia oferty na cz. III wraz z prawidłową gwarancją wadialną ubezpieczeniową wystawioną przez inny Zakład Ubezpieczeń nie może stanowić argumentu przesadzającego za zasadnością odwołania, skoro w sytuacji postępowania z możliwości składania ofert częściowych każda z części jest oceniana przez Zamawiającego niezależnie, a wadium nie jest elementem oferty. Nadto, z żadnego fragmentu spornej gwarancji wadialnej, złożonej w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika, nie ma również wzmianki, że Wniosek o zawarcie umowy o gwarancję Ubezpieczeniową Wadialną z dnia 28.01.2013 r. stanowi jego integralną część. Nadto, z samego wniosku nie wynika, że jego załącznikiem jest SIWZ (zawiera on co prawda stosowną rubrykę do zaznaczenia, lecz nie jest ona w nim zaznaczona – brak „X”).

Przepis art. 808 § 1 zd. 2 K.c. stanowi, że ubezpieczony (beneficjent gwarancji) może nie być imiennie wskazany w umowie, chyba że jest to konieczne do określenia przedmiotu ubezpieczenia. W ocenie Izby, w przypadku zamówień publicznych mamy do czynienia właśnie z tą drugą sytuacją. Wobec tego, że beneficjentem gwarancji jest Zamawiający, konieczne jest, aby dokument gwarancji wskazywał Zamawiającego, do tego właściwego (należy zauważyć, że nie chodzi o błędne podanie nazwy Zamawiającego, lecz zupełnie innego podmiotu), któremu przysługuje świadczenie na wypadek zaistnienia okoliczności przewidzianych w umowie gwarancji ubezpieczeniowej.

Względem ostatniego zarzutu, w ocenie Izby, Zamawiający podał tak uzasadnienie prawne, jak i faktyczne wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego w cz. 1 w sposób pozwalający na złożenie ewentualnego środka ochrony prawnej, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b)

**Przewodniczący :**

.....