

**WYROK**  
z dnia 18 kwietnia 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Software Development Center Public Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 179 (lok. poziom +5), 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Avility Sp. z o.o., ul. Tucholska 12, 01-608 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modniczka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawcy **SOFTIQ Sp. z o.o., ul. Esperantystów 20, 44-105 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie,**

**(2) Software Development Center Public Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 179 (lok. poziom +5), 02-222 Warszawa, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Software Development Center Public Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 179 (lok. poziom +5), 02-222 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Software Development Center Public Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 179 (lok. poziom +5), 02-222 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa** 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 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *kompleksowe wytworzenie oraz wdrożenie systemu informatycznego, który usprawni osobom niepełnosprawnym i podmiotom działającym na ich rzecz proces aplikowania o środki PFRON będące w gestii jednostek samorządowych, w ramach projektu pn. „System obsługi wsparcia finansowego ze środków PFRON” w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020, Oś Priorytetowa 2 „E-administracja i otwarty rząd” Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 212-386165.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, polegających na:

- 1) nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, w toku której w sposób nieuprawniony przyjęto, iż oferta Odwołującego zawiera inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji dokonaniu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego - z uwagi na brak zgody Odwołującego - pomimo braku podstaw do poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, co stanowi, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstawy do poprawienia innej omyłki, określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i domagania się od Odwołującego zgody na jej poprawienie w sytuacji, gdy oferta ta była w pełni zgodna z SIWZ;
- 2) nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, w toku której przyjęto, iż przedłożona przez Odwołującego gwarancja bankowa nie obejmuje wszystkich sytuacji zatrzymania wadium, uregulowanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, z uwagi na podanie nieaktualnego Dziennika Ustaw, a także jest niezgodna z rozdziałem XI pkt 5 SIWZ, przez co nie odpowiada wymogom co do bezwarunkowości, a tym samym uzasadnione było uznanie wniesienia wadium za nieprawidłowe i odrzucenie oferty Odwołującego, co stanowiło, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a

ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, podczas gdy wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, gdyż zakres gwarancji bankowej obejmuje wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z przepisów ustawy Pzp, regulujących i odnoszących się do niniejszego postępowania, a ponadto treść gwarancji jest zgodna z przepisami;

- 3) nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, w toku której przyjęto, iż przedłożona przez Odwołującego oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz nieuprawnionego - z uwagi na naruszenia wskazane w pkt 1 i 2 powyżej - przyjęcia iż oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu, przez co uzasadnione było odstąpienie od wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa, co stanowiło, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 26 ust 3a Pzp ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów, podczas gdy z uwagi na brak tej nieważności, istniał po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak podstaw prawnych;
- 2) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i przyjęcie, że nie zachodzą podstawy do poprawy innej omyłki z uwagi na brak niezgodności oferty z SIWZ oraz przyjęcie, iż wadium zostało prawidłowo wniesione;
- 3) wezwania Odwołującego do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oświadczenia przedłożonego przez Bank BGŻ BNP Paribas Spółka Akcyjna z dnia 30 marca 2017 r. na okoliczność rozumienia przez Gwaranta treści złożonego w gwarancji wadialnej oświadczenia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że termin złożenia ofert został finalnie ustalony na dzień 2 lutego 2017 r. W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 15 ofert. Zamawiający na dzień złożenia niniejszego odwołania nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 24 marca 2017 r. Zamawiający przekazał informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone w przedmiotowym postępowaniu podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący podał, że jak wynika z przedmiotowego pisma, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego podstaw prawnych i faktycznych,

Odwołujący wskazał, co następuje:

- 1. Brak podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.**

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2017 r. poinformował Odwołującego, iż dokonał poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Poprawienie polegało na zmianie w Formularzu cenowym wynagrodzenia maksymalnego za usługę utrzymania i finalnie zwiększenia ceny zaproponowanej przez Wykonawcę.

Odwołujący, jak pisał, w piśmie z dnia 24 lutego 2017 r. jednoznacznie wskazał, iż sposób wypełnienia Formularza cenowego jest zgodny z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami, a mianowicie jest wynikiem udzielonej w dniu 5 stycznia 2017 r. odpowiedzi na pytanie o nr 307, które brzmiało: *„Dokument SIWZ – zał. 2, Część H pkt 1: „Usługi Utrzymania (Etap 7)”: Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert”*.

Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odpowiadając wyjaśnił, *„że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe”*.

Odwołujący podkreślił, że jednoznacznie wskazał, iż wypełniając przedmiotową Tabelę odnosił się do literalnej odpowiedzi, udzielonej na zadane pytanie. Zatem, podane w Tabeli wartości nie były omyłką, a celowym i świadomym działaniem.

Na podstawie udzielonej odpowiedzi, jak wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający kolejnym pismem z dnia 3 marca 2017 r., poinformował Odwołującego o poprawieniu na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Wykonawcy, na co Odwołujący nie zgodził się wskazując, iż jego oferta nie jest niezgodna z SIWZ. Odwołujący pisał, że pomimo stanowiska Odwołującego, Zamawiający odrzucił jego ofertę.

W ocenie Zamawiającego, jak wyjaśnił Odwołujący, oferta Odwołującego zawierała inną omyłkę, która polegała na wpisaniu przez Wykonawcę w poz. 2E Tabeli z wyceną, znajdującej się w rozdziale II pkt 1 Formularza ofertowego, wartości brutto za 4 kwartały realizacji Usługi Utrzymania, tj. 100 000,00 złotych, zamiast ceny jednostkowej brutto za jeden kwartał. Z tych względów Zamawiający poprawił w Formularzu ofertowym poz. 2E w tabeli w ten sposób, że zamiast 100 000,00 zł wpisał 25 000,00 zł.

Zamawiający, jak podkreślił Odwołujący, pomimo literalnej treści udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 307, wskazał, iż pytanie to dotyczyło sposobu obliczania wartości umowy w zakresie Usługi Utrzymania, nie zaś sposobu wypełnienia Tabeli z wyceną w Formularzu ofertowym. Wskazał ponadto, iż nie zmienił treści SIWZ (przywołał art. 38 ust. 2 ustawy Pzp a nie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp), a jedynie odniósł się do postawionego pytania, tj. tego, jak zostanie obliczona wartość wpisana w umowie.

Z powyższą argumentację Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, nie można się zgodzić, nie znajduje ona potwierdzenia w dokumentacji postępowania, w tym w udzielonej odpowiedzi. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, udzielił jednoznacznej odpowiedzi na postawione pytanie. Pytanie, jak podał Odwołujący, odnosiło się zarówno do Tabeli wskazanej w Formularzu ofertowym, jak i do umowy - odnosiło się mianowicie do sposobu obliczenia wartości Usługi utrzymania w umowie na podstawie danych podanych w Tabeli.

Zamawiający literalnie wskazał, co podkreślił Odwołujący, iż wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe. Co istotne, zdaniem Odwołującego, nie można tak udzielonej odpowiedzi odnieść do postanowień umowy, jako że jedynym miejscem, w którym występuje pole „Cena jednostkowa” oraz pole „Wartość brutto” jest Tabela wskazana w Formularzu ofertowym. W umowie, jak zauważył Odwołujący, pola przywołane w odpowiedzi Zamawiającego nie występują. Zatem, zdaniem Odwołującego, udzielona odpowiedź w sposób oczywisty i jednoznaczny mogła odnosić się wyłącznie do pól Tabeli.

W świetle udzielonych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, sposób wypełnienia Tabeli przez Odwołującego był prawidłowy (w taki też sposób Tabelę wypełnił jeszcze jeden z uczestników niniejszego postępowania). Z kolei wykonawcy, którzy uzupełnili Tabelę z pominięciem tej odpowiedzi przedłożyli, zdaniem Odwołującego, oferty niezgodne z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że jednoznacznie wskazał, iż wypełniając przedmiotową Tabelę, bezpośrednio zrealizował jednoznaczne wytyczne Zamawiającego, zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 307. Zdaniem Odwołującego, nie jest bowiem możliwe inne rozumienie odpowiedzi Zamawiającego niż takie, iż w oba pola Tabeli („Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto”) należy wpisać jednakowe wartości. Każde odmienne wypełnienie Tabeli, w świetle odpowiedzi na pytanie nr 307, byłoby, w ocenie Odwołującego, niezgodne z SIWZ.

Zatem, jak podkreślił Odwołujący, wartości podane w Tabeli przez Odwołującego nie były omyłką, a celowym i świadomym działaniem, wynikającym z konieczności zachowania zgodności z warunkami zamówienia. Odwołujący wypełniając Tabelę miał oczywiście świadomość, że w wierszu Tabeli dotyczącym Usług utrzymania wpisana „Wartość brutto” nie jest iloczynem „liczby kwartałów” i „ceny jednostkowej” oraz ma stanowić maksymalne wynagrodzenie za świadczenie Usług Utrzymania (Etap7), które Wykonawca wskazuje w Formularzu Ofertowym. Jednakże z treści SIWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego, będącej jej integralną częścią, wynika jednoznacznie, w ocenie Odwołującego, że skoro „szacowana liczba kwartałów służy wyłącznie do porównania ofert” oraz „wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe”, to wypełnienie Tabeli tak, że wartość brutto nie jest iloczynem szacowanej liczby kwartałów i ceny jednostkowej nie jest błędem, lecz jest literalnie zgodne z SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że gdyby nie odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 307,

Odwołujący oczywiście wypełniłby Tabelę wstawiając wartość 25 000,00 zł w pole „Cena jednostkowa”, ewentualnie zgodziłby się na poprawienie oferty w sposób wskazany przez Zamawiającego.

W przedstawionym stanie faktycznym, udzielone wyjaśnienia nie pozostawiają, zdaniem Odwołującego, żadnych wątpliwości co do sposobu wypełniania Tabeli, tym bardziej, że jak wynikało z opisu zawartego pod Tabelą, podana liczba kwartałów miała być wartością szacunkową, służącą jedynie do skalkulowania ceny oferty, porównania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Faktyczny okres świadczenia Usługi utrzymania, jak podał Odwołujący, to okres od uruchomienia produkcyjnej wersji (data nieznana) do dnia 28 lutego 2019 r.

Wskazać również należy, zdaniem Odwołującego, jak wynika to m.in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11, iż *„wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ”* (tak też w wyroku SO w Warszawie z 18 grudnia 2002 r., sygn. akt: V Ca 1311/02).

Na częstą praktykę stosowania wyjaśnień zamiast wprowadzania zmian, jak zauważył Odwołujący, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 22 grudnia 2014 r. stwierdzając, iż: *„Na tym tle należy wyrazić pogląd, że częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ”*.

Tak więc w stanie faktycznym - z uwagi na jednoznaczność udzielonych wyjaśnień i złożenia oferty przez Odwołującego, zawierającej Formularz ofertowy wypełniony z uwzględnieniem tych wyjaśnień – Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie miał podstaw do przyjęcia, iż w ofercie Odwołującego wystąpiła inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym nie zachodziły przesłanki uprawniające do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak zgody na poprawienie takiej omyłki.

Odwołujący podał, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 94/10: *„Przepis art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłek w złożonej ofercie, jednakże przesłanka do odrzucenia oferty na ww. podstawie nie zaistnieje, jeżeli błędną jest czynność poprawienia omyłek dokonana przez zamawiającego. (...) Art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie tylko w przypadku prawidłowego poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie wykonawcy i braku zgody wykonawcy na tę czynność - wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów*



*zamawiającego”.*

**2. Brak podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.**

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego powołując się na fakt nieprawidłowego wniesienia wadium przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, jak podał Odwołujący, nieprawidłowe wniesienie wadium wynikało ze wskazania w treści gwarancji wadialnej odesłania do przesłanek zawartych w art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z oznaczeniem jako publikatora tekstu jednolitego Dziennika Ustaw z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami. W ocenie Zamawiającego, jak zauważył Odwołujący, wskazanie nieaktualnego Dziennika Ustaw oznaczało, iż warunki zapłaty wadium odwołują się do treści art. 46, w tym ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r. W ocenie Zamawiającego, jak podał Odwołujący, późniejsze zmiany obowiązują do następnego tekstu jednolitego, czyli w omawianym przypadku do ukazania się tekstu jednolitego w Dzienniku Ustaw z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.

Zamawiający wskazał ponadto, na co zwrócił uwagę Odwołujący, iż załączona do oferty gwarancja wadialna jest niezgodna z rozdziałem XI pkt 5 SIWZ, albowiem w treści gwarancji określone są warunki proceduralne dla żądania Beneficjenta, pomimo wyraźnego postanowienia SIWZ w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego, jak dostrzegł Odwołujący, wprowadzenie w gwarancji wadialnej proceduralnych postanowień, dotyczących przekazywania oświadczenia o zaistnieniu przesłanek zatrzymania wadium, spowodowało, iż zobowiązanie gwaranta nie odpowiadało wymogom co do bezwarunkowości, utrudniając i wydłużając Zamawiającemu wyegzekwowanie żądanej wypłaty sumy gwarancyjnej, przez co należało uznać, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Z zaprezentowanym stanowiskiem, zdaniem Odwołującego, nie można się zgodzić. Prezentowane przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszące się do nieobjęcia zakresem gwarancji wszystkich okoliczności wskazanych w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp, zostało wydane, w ocenie Odwołującego, w innym stanie faktycznym. Odwołujący zauważył, że dokumenty gwarancji wadialnej, na gruncie których zapadły wskazane rozstrzygnięcia, nie wskazywały w ogóle podstawy prawnej, a przytaczały warunki zatrzymania węższe niż wynikające z obowiązujących przepisów albo też nie obejmowały w swej treści wszystkich przesłanek uprawniających do zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż w treści gwarancji wadialnej, przedłożonej przez Odwołującego, z dnia 29 grudnia 2016 r. o numerze GW/004381/16 wystawionej przez Bank BGŻ BNP Paribas Spółka Akcyjna wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż Bank zobowiązuje się wobec Beneficjenta bezwarunkowo i nieodwołalnie do zapłaty sumy

gwarancyjnej do kwoty 150 000,00 złotych na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami), wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała.

Wystawca gwarancji, jak zauważył Odwołujący, wskazał jednoznacznie, iż warunki wypłaty wadium zostały uregulowane w ustawie, której brzmienie określają aktualnie obowiązujące przepisy prawa. Bank nie ograniczył się tylko, jak podał Odwołujący, do wskazania roku i pozycji publikatora tekstu jednolitego, czy określenia enumeratywnie wskazanego katalogu wprowadzanych zmian, ale użył sformułowania, iż warunki uprawniające Beneficjenta do skorzystania z gwarancji wynikają z przepisów, które uwzględniają wszystkie wprowadzone po dacie ogłoszenia tekstu jednolitego z 2013 zmiany.

Zdaniem Odwołującego, wskazanie powyższe nie może być w żaden sposób interpretowane, iż termin „późniejsze zmiany” odnosi się tylko do zmian, jakie zostały wprowadzone do kolejnego ogłoszenia tekstu jednolitego. Ogłoszenie tekstu jednolitego jest, w opinii Odwołującego, jedynie czynnością techniczną, która ma ułatwiać dostęp do jednolitych tekstów aktów prawnych. Z kolei zmiany wprowadzone przez ustawodawcę po wydaniu kolejnego (czy któregośkolwiek następnego) tekstu jednolitego nie tracą, w ocenie Odwołującego, przymiotu „późniejszych zmian” również w odniesieniu do aktów ujętych w tekstach jednolitych ogłoszonych wcześniej. Zmiana ogłoszona po wydaniu tekstu jednolitego w 2015 r. jest w istocie zmianą późniejszą tekstu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ogłoszonego i zamieszczonego w tekście jednolitym z 2013 r. Zatem oczywiste jest, zdaniem Odwołującego, iż sformułowania: „tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami” oraz „tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późniejszymi zmianami” w dacie składania oferty są równoważne.

Odwołujący podkreślił również, iż trudno przyjąć, że bank, który prowadzi działalność zarobkową w zakresie świadczenia tego typu usług, składa oświadczenie woli z zamiarem ograniczenia możliwości skorzystania przez Beneficjenta z przedmiotowej gwarancji. Zatem, pomimo braku możliwości stosowania wobec gwarancji mechanizmów poprawienia oczywistych omyłek czy wyjaśniania treści oferty, Zamawiający nie tylko może, ale i powinien ustalić, zdaniem Odwołującego, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli Gwaranta, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem, jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający dochowuje zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący przedłożył pismo Gwaranta - Bank BGŻ BNP Paribas Spółka Akcyjna, z którego jednoznacznie wynika rozumienie złożonego

oświadczenia.

Nie jest również uprawniony, zdaniem Odwołującego, pogląd, iż wprowadzenie przez bank postanowień tzw. klauzul identyfikujących pozbawia gwarancję przymiotu bezwarunkowości.

Odwołujący podał, że jak wskazano m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1779/11: *„Jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane, jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych (...) etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a niezajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacji, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy”.*

Z kolei w wyroku z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. akt: 1279/14 przyjęto, jak podał Odwołujący, w sposób niebudzący wątpliwości, iż: *„Fakt umieszczenia w gwarancji bankowej klauzuli identyfikacyjnej, której zgodnie z treścią SIWZ gwarancja nie powinna zawierać, nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione skutecznie. Podkreślić ponownie należy, że w sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również (przede wszystkim)*

zamawiający ma możliwość zaspokojenia ewentualnego roszczenia z wadium, należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie można oceniać ważności wadium przez pryzmat zamieszczenia klauzuli identyfikacyjnej. Fakt, że w treści SIWZ znalazło się stwierdzenie, w którym Zamawiający wykluczył możliwość wpisania do treści gwarancji wadialnej klauzuli identyfikacyjnej nie powoduje, że takie wadium, które klauzulę taką zawiera, należy uważać za niewniesione. (...) Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 3 września 2013 r. sygn. akt KIO 2033/13, zgodnie z którym: „(...) w orzecznictwie za ukształtowany należy uznać pogląd, iż każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3 ZamPublU), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4 ZamPublU), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6 ZamPublU), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przepadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU). Inaczej, prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne”.

Odwołujący podał również, że Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt: II GSK 1606/13 wyjaśnił, że „treść dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych wskazująca na potrzebę identyfikacji przez bank zamawiającego osób składających podpisy na żądaniu zapłaty kwot wadium, w żadnym stopniu nie mogła podważać przedstawionego powyżej charakteru tychże gwarancji ubezpieczeniowych, co w konsekwencji nie dawało również żadnych podstaw, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z niezłożeniem przez niego wymaganego wadium. Wynikający z niej wymóg formalny nie pozostawał w jakimkolwiek związku z przywołanymi powyżej warunkami realizacji uprawnienia zamawiającego do żądania bezwarunkowej zapłaty kwot wadium na pierwsze jego wezwanie”.

Należy też mieć na względzie, jak podkreślił Odwołujący, iż obowiązek banku do weryfikacji dokumentów, stanowiących podstawę wypłaty środków z rachunków bankowych,

wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, tj. z art. 65 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2016 r., poz. 1988, ze zm.), mocą którego bank dokonujący wypłat z rachunku bankowego jest obowiązany sprawdzić autentyczność i prawidłowość formalną dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamość osoby dającej zlecenie.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób prawidłowy, co oznacza brak podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

### **3. Brak podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.**

Z uwagi na fakt braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z argumentacją przytoczoną powyżej, Zamawiający, zdaniem Odwołującego, jest obowiązany do wezwania Odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Odwołującego, nie było zatem podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako że konieczne jest uprzednie przeprowadzenie procedury wezwania przez Zamawiającego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

We wzorze Formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt II ppkt 1 zawarta jest tabela, która służy do wyceny ceny brutto oferty. W ofercie Odwołującego tabela ta została wypełniona w następujący sposób:

Lp.	Rodzaj usługi	Jednostka miary	Liczba	Cena jednostkowa brutto	Wartość brutto (kol. D x kol. E)
A	B	C	D	E	F
1.	Kompleksowe wytworzenie oraz wdrożenie Systemu SOW wraz z opracowaniem i dostarczeniem dokumentacji (Etap 1, Etap 2, Etap 3, Etap 4, Etap 5, Etap 6, Etap 9)	-	1	2 427 629,00 zł	2 427 629,00 zł
2.	Usługi Utrzymania (Etap 7)	kwartał	4	100 000,00 zł	100 000,00 zł
3.	Usługi Modyfikacji (Etap 7)	Roboczogodzina	4200	103,94 zł	436 548,00 zł
4.	Instruktaże dla Mentorów	-	2	10 731,75 zł	21 463,50 zł
5.	Instruktaże dla Pracowników infolinii (16 godzin) (Etap 8.2)	-	2	10 731,75 zł	21 463,50 zł
6.	Łączna kwota brutto za realizację zamówienia: (suma pozycji: 1F + 2F +				3 007 104,00 zł

	3F + 4F + 5F)	
--	---------------	--

Pod rzezoną tabelą znajduje się informacja o następującej treści: „Podana liczba kwartałów w poz. 2 tabeli (Usługa Utrzymania) jest wartością szacunkową, służącą jedynie do skalkulowania ceny oferty, porównania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Faktyczny okres świadczenia Usługi Utrzymania - od dnia uruchomienia produkcyjnej wersji Systemu do dnia 28.02.2019 r.”

Pismem z dnia 5 stycznia 2017 r., Zamawiający na pytanie nr 307 o następującej treści:

„Dokument SIWZ - zał. 2, Część II pkt 1: "Usługi Utrzymania (Etap 7)": Prosimy o wyjaśnienie,

w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert”, udzielił odpowiedzi wskazując, że: „Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe”.

W § 11 ust. 1 wzoru umowy zawarte jest następujące postanowienie: „Za wykonanie całości Przedmiotu Umowy Wykonawcy przysługuje maksymalne wynagrodzenie w wysokości ..... zł netto (słownie: .....), powiększone o podatek VAT, tj. w wysokości \_\_\_\_\_ zł brutto (słownie: .....), płatne na następujących zasadach”.

Zaś §11 ust. 2 lit. b wzoru umowy brzmi: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej będzie należne Wykonawcy w następujących częściach: (...)

Wynagrodzenie łączne z tytułu realizacji Usług Utrzymania (Etap 7) nie może przekroczyć kwoty ..... netto (słownie: \_\_\_\_\_), co stanowi kwotę brutto w wysokości \_\_\_\_\_ złotych (słownie \_\_\_\_\_), płatną w równych kwartalnych ratach, na zasadach określonych w ust. 4 poniżej;”

Natomiast w ust. 4 §11 wzoru umowy wskazano: „Za świadczenie przez Wykonawcę Usługi Utrzymania Systemu Wykonawca otrzyma kwartalne wynagrodzenie ryczałtowe płatne na podstawie protokołów odbioru bez zastrzeżeń sporządzanych raz w miesiącu w wysokości ..... zł (słownie: ..... złotych) netto, plus VAT w wysokości 23%, co daje łącznie kwotę ..... zł (słownie: ..... złotych) brutto, za dany kwartał rozliczeniowy”.

Pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. Zamawiający ogłosił jednolity tekst SIWZ nie dokonując w rzecznej Tabeli ani we wzorze umowy żadnych zmian.

Pismem z dnia 23 lutego 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego „o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w Państwa ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki. Zamawiający poprawił w formularzu ofertowym:

- w rozdziale II pkt 1, tabela z wyceną, pozycja 2F „Wartość brutto (kol. D x kol. E)”: jest - 100 000,00 zł, powinno być - 400 000,00 zł;
- w rozdziale II pkt 1, tabela z wyceną, pozycja 6F tabeli „Łączna kwota brutto za realizację zamówienia (suma pozycji: 1F+2F+3F+4F+5F)”: jest - 3 007 104,00 zł, powinno być - 3 307 104,00 zł,

W konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej uległa zmianie łączna cena brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia z 3 007 104,00 zł na 3 307 104,00 zł.

Powyższa omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty. Polega na poprawieniu wyniku działań arytmetycznych w wyżej wskazanych pozycjach tabeli z wyceną na podstawie w niej zawartych danych wyjściowych i bezspornych, zgodnie ze wzorcem przyjętym przez Zamawiającego w SIWZ”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 24 lutego 2017 r.) Odwołujący wskazał, że „podana w Formularzu ofertowym kwota wynagrodzenia za Usługę Utrzymania nie jest omyłką, stąd też brak podstaw prawnych do dokonywania poprawy.

Zamawiający udzielając w dniu 5 stycznia 2017 w odpowiedzi na pytanie 307 „Dokument SIWZ - zał. 2, Część II pkt 1: "Usługi Utrzymania (Etap 7)": Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert." wskazał, iż „Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe.”

W tym stanie rzeczy wnosimy o niezwłoczne unieważnienie czynności Zawiadomienia o poprawieniu w ofercie Konsorcjum pomyłki i poinformowanie o tym Wykonawcy. W przeciwnym razie Konsorcjum zmuszone będzie do wniesienia odwołania na ww. czynność”.

W dalszej kolejności Zamawiający poinformował Odwołującego (pismo z dnia 3 marca 2017 r.), że: „W związku z Państwa odpowiedzią z dnia 24.02.2017 r. na zawiadomienie o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w poz. 2F wyceny Formularza ofertowego, Zamawiający przyznaje rację argumentacji Wykonawcy i unieważnia czynność poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 23.02.2017 r. w zakresie poz. 2F

„Wartość brutto (kol. D x kol. E)", rozdział II pkt 1 Formularza ofertowego, poz. 6F „Łączna kwota brutto za realizację zamówienia (suma pozycji: 1F+2F+3F+4F+5F)", rozdział II pkt 1 Formularza ofertowego oraz poprawienia łącznej ceny brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia”.

W uzasadnieniu Zamawiający podał: „Zamawiający w dn. 05.01.2017r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 307 o treści: Dokument SIWZ - zał. 2, Część II pkt 1: "Usługi Utrzymania (Etap 7) : Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa" oraz „Wartość brutto" powinny być jednakowe”.

Powyższe pytanie dotyczyło sposobu obliczenia wartości Umowy w zakresie Usług Utrzymania, nie zaś sposobu wypełnienia tabeli z wyceną w formularzu ofertowym. Mając jednak na uwadze literalne brzmienie odpowiedzi Zamawiającego na wyżej wskazane pytanie, które mogło zostać odczytane przez Wykonawcę jako obowiązek wskazania w polu „Cena jednostkowa" jednakowej wartości jak w polu „Wartość brutto" tj. wartości obejmującej realizację Usług Utrzymania za 4 kwartały oraz w związku z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą, że wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy, Zamawiający unieważnił czynność poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 23.02.2017 r.”

Jednocześnie Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2017 r. poinformował Odwołującego, „o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującej istotnej zmiany treści Państwa oferty. Omyłka polega na wpisaniu przez Wykonawcę w poz. 2E tabeli z wyceną znajdującej się w rozdziale II pkt 1 formularza ofertowego wartość brutto za 4 kwartały realizacji Usług Utrzymania zamiast ceny jednostkowej brutto za jeden kwartał. Zamawiający poprawił w formularzu ofertowym:

obecnie jest:

2.	Usługi Utrzymania (Etap 7)	kwartał	4	100 000,00	100 000,00
----	----------------------------	---------	---	------------	------------

winno być:

2.	Usługi Utrzymania (Etap 7)	kwartał	4	25 000,00	100 000,00
----	----------------------------	---------	---	-----------	------------



W treści rzeczzonego pisma Zamawiający wskazał również: „Zamawiający informuje, że odrzuci Państwa ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, jeśli w terminie 3 dni od doręczenia niniejszego zawiadomienia nie wyrażą Państwo zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający przypomina, że zatrzyma wadium, jeżeli Wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa powyżej, co spowoduje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 6 marca 2017 r.) Odwołujący wskazał, „iż Formularz oferty został sporządzony zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Nie ma zatem podstaw prawnych do dokonywania zmiany oferty Wykonawcy. Wprowadzenie zmiany przez Zamawiającego oznaczać będzie, iż oferta Konsorcjum staje się ofertą niezgodną z SIWZ. Jak wskazuje Zamawiający w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. o unieważnieniu czynności poprawienia oferty Wykonawcy - literalne brzmienie SIWZ z uwzględnieniem udzielonych odpowiedzi nie budzi wątpliwości.

Zamawiający udzielając w dniu 5 stycznia 2017 w odpowiedzi na pytanie 307 „Dokument SIWZ - zał. 2, Część II pkt 1: "Usługi Utrzymania (Etap 7)": Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert.” wskazał, iż „Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w polu „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe.”

Pytanie dotyczyło Tabeli a odpowiedź Zamawiającego nie pozostawia żadnych wątpliwości w jaki sposób należy tę Tabelę wypełnić - odnosi się do pól z Tabeli.

Wykonawca wskazuje, iż przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jak wynika z analizy ofert konkurencji jeszcze jeden wykonawca wypełnił Formularz ofertowy zgodnie z wymaganiami SIWZ. Pozostali Wykonawcy przygotowali oferty niezgodnie z SIWZ.

Jako działanie niedopuszczalne i niezgodne z prawem należy potraktować poprawienie innej omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, w sytuacji gdy brak jest niezgodności z SIWZ. W tym stanie rzeczy Konsorcjum nie może zgodzić się na zmianę swojej oferty, gdyż doprowadzi to do jawnej niezgodności jej treści z SIWZ.

W tym stanie rzeczy wnosimy o niezwłoczne unieważnienie czynności Zawiadomienia o poprawieniu w ofercie Konsorcjum innej omyłki i poinformowanie o tym Wykonawcy. W przeciwnym razie Konsorcjum zmuszone będzie do wniesienia odwołania na ww. czynność”.

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 5 SIWZ „w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia treść dokumentu ma zawierać zobowiązanie, odpowiednio podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczyciela, do bezwarunkowej, nieodwołalnej zapłaty wymaganej kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze żądanie pisemne Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy i art. 46 ust. 5 ustawy.

*W dokumencie tym gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełniania przez beneficjenta (PEFRON) dodatkowych warunków (np. żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek PFRON, albo żądania złożenia wezwania np. tylko w formie listu poleconego czy kurierem, albo żądania przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do działania w imieniu PFRON) lub przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu PFRON.”*

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji bankowej Nr GW/004381/16, udzielonej w dniu 29 grudnia 2016 r. przez BGŻ BNP PARIBAS S.A. z siedzibą w Warszawie, w której treści Gwarant wskazał, że „działając na zlecenie Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą: 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 179, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 150 000,00 PLN (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami), wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała. (...)

*Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta.*

*W przypadku przesłania żądania w formie testowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu SWIFT bank Beneficjenta gwarancji powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania wypłaty, a oryginalne żądanie wypłaty zostało przesłane na adres Banku”.*

Odwołujący wraz z odwołaniem przedłożył pismo Gwaranta z dnia 30 marca 2017 r., w którym Gwarant wskazał: „Nawiązując do otrzymanego od Państwa pisma Zamawiającego w zakresie dotyczącym naszej ww. gwarancji, uprzejmie informujemy, że po przeanalizowaniu użytych w nim argumentów, niniejszym potwierdzamy, że przedmiotowa gwarancja została udzielona przez nasz Bank zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy „Prawo zamówień publicznych”.

*Poniżej przedstawiamy szczegółowe ustosunkowanie się do poszczególnych twierdzeń.*

*Ad. Użycia starego publikatora przy odniesieniu się do ustawy Prawo zamówień publicznych: W treści gwarancji, przy opisie ustawy Prawo zamówień publicznych, użyty jest publikator nie najnowszego (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), ale wcześniejszego (Dz.U. z 2013 r., poz. 907) Dziennika Ustaw, pod którym ukazał się tekst jednolity tej ustawy. Natomiast wiązanie z tym jakichkolwiek skutków prawnych jest błędne. Użycie publikatora, czy to w umowie (jaką jest gwarancja bankowa), czy to w ustawie ma wyłącznie cel informacyjny. Użycie publikatora ma wyłącznie pomóc jednoznacznie zidentyfikować akt prawny, do którego się odnosimy. Użycie, czy to pierwotnego publikatora pod którym ukazała się dana ustawa, czy któregośkolwiek z kolejnych publikatorów, pod którym ukazywały się kolejne teksty jednolite zawsze w sposób jednoznaczny prowadzi nas do jednego aktu prawnego, czyli do Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Tak samo skutecznym odniesieniem się do tej Ustawy byłoby napisanie tylko jej daty i nazwy (bez żadnego publikatora).*

*Ad. Warunki wypłaty:*

*Jeśli w gwarancji piszemy, że warunkiem wypłaty jest złożenie oświadczenia, że zaistniała któraś z przesłanek określonych w art. 46 ww. Ustawy to mamy na myśli każdą z sytuacji zatrzymania wadium, wymienioną w ustępach tego artykułu (oczywiście zawsze zgodnie z aktualnie obowiązującą wersją ustawy). Takie odesłanie jest równoznaczne z tym jakbyśmy te przesłanki zatrzymania wadium zacytowali wprost w treści gwarancji.*

*Ad. Bezwarunkowość gwarancji*

*Określenie sposobu dostarczenia gwarancji nie jest warunkiem wypłaty gwarancji, a jedynie, określeniem technicznych wymogów dotyczących przekazania żądania wypłaty, mających na celu zapewnienie, że żądanie wypłaty gwarancji nie zostanie złożone przez kogoś, kto podszywa się pod zamawiającego.*

*Jednocześnie chcemy zaznaczyć, że do Zlecenia wystawienia gwarancji nie otrzymaliśmy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przed wystawieniem przedmiotowej gwarancji, a gwarancja została wystawiona zgodnie z otrzymanym od Państwa zleceniem, na wzorze Banku”.*

Pismem z dnia 24 marca 2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy”.

W treści rzeczzonego pisma znalazło się następujące uzasadnienie podjętej decyzji:

„Uzasadnienie faktyczne art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy

Zamawiający pismem DO.WAL/184/2017 z dnia 03.03.2017 r. poinformował Wykonawcę o poprawieniu na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującej istotnej zmiany treści oferty Wykonawcy.

Przedmiotowa omyłka polega na wpisaniu przez Wykonawcę w poz. 2E tabeli z wyceną znajdującej się w rozdziale II pkt 1 formularza ofertowego wartości brutto za 4 kwartały realizacji Usługi Utrzymania tj. 100 000,00 zł zamiast ceny jednostkowej brutto za jeden kwartał. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający poprawił w formularzu ofertowym, poz. 2E w tabeli ze 100 000,00 zł na 25 000,00 zł.

Wykonawca dn. 06.03.2017 r. w odpowiedzi na pismo DO.WAL/184/2017 przesłał oświadczenie o niewyrażeniu zgody na poprawienie na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Wykonawcy. Powyższe Wykonawca argumentował, że sporządził formularz ofertowy zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, na potwierdzenie czego przytoczył odpowiedź na pytanie nr 307 udzieloną przez Zamawiającego w dniu 05.01.2017 r. Pytanie to brzmiało „Dokument SIWZ - zał. 2, Część II pkt 1: "Usługi Utrzymania" (Etap 7): Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób na podstawie podanej w ofercie wartości (wypełniona Tabela) obliczona zostanie wartość do wpisania do Umowy (par. 11, pkt 2.b). Zgodnie z opisem, zawarta w Tabeli szacowana liczba kwartałów (4) służy wyłącznie do porównania ofert”, natomiast odpowiedź Zamawiającego „Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Usług Utrzymania wartości wpisane w pole „Cena jednostkowa” oraz „Wartość brutto” powinny być jednakowe”.

Pytanie nr 307 dotyczyło sposobu obliczenia wartości Umowy w zakresie Usługi Utrzymania, nie zaś sposobu wypełnienia tabeli z wyceną w formularzu ofertowym. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 307 nie zmieniał treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy w zakresie instrukcji wypełnienia tabeli z wyceną w formularzu ofertowym, tylko odnosił się do kwestii postawionej w pytaniu tj. jak zostanie obliczona wartość do wpisania w Umowie. Ponadto, należy podkreślić, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 307 w dn. 05.01.2017 r. na wstępie pisma powołał się na przepis dotyczący wyjaśnienia treści SIWZ tj. art. 38 ust. 2 ustawy, nie zaś art. 38 ust. 4 ustawy jak to czynił w przypadku pism zawierających zmianę treści SIWZ, które kończył formułą

*„Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian. Zmiana treści SIWZ w powyższym zakresie jest wiążąca dla każdej ze Stron”. Mając na uwadze powyższe Wykonawca winien wypełnić tabelę z wyceną zgodnie z instrukcją zawartą w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.*

*Niemniej mając na uwadze, że odpowiedź na pytanie nr 307 mogła nasuwać wątpliwości interpretacyjne, na co powołał się Wykonawca w pismach z dn. 24.02.2017 r. i 06.03.2017 r. oraz w związku z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą, że wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy, Zamawiający poprawił poz. 2E tabeli z wyceną w sposób opisany wyżej. Decyzję o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, Zamawiający poprzedził szczegółową analizą istotności omyłki z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania oraz zbadał, czy jest ona możliwa do poprawienia na podstawie wskazanej wyżej ustawowej przesłanki. W wyniku przeprowadzonej analizy Zamawiający uznał, że omyłka ta jest nieistotna i możliwa do poprawienia. Należy podkreślić, iż Zamawiający dokonując poprawienia wyżej opisanej omyłki nie zmienił treści oferty Wykonawcy, gdyż zmiana ta miała charakter techniczny, bez zmiany istotnych elementów oferty, w tym ceny oferty.*

*Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza również jednolite orzecznictwo KIO/SO, z którego wynika, że wszelkie niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców, o czym mowa np. w Wyroku Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15 stanowi, iż: „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)” czy w wyroku KIO z dnia 16 marca 2015 r., sygn. KIO 430/15 Izba wskazuje, iż zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą - wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy, skoro to zamawiający - mogąc zastosować różne sformułowania - wprowadza do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie o niejednoznacznej treści, zaś w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1557/14: „Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.” Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku KIO z 7 października 2013 r., KIO 2260/13: „Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu” i w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10 lipca 2015 r. (sygn. akt. I C 2/15), w którym to Sąd argumentując swój wyrok*

stwierdził, że „nie wolno odrzucić oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wyliczenia ceny, jeżeli fakt ten był spowodowany wyłącznie winą zamawiającego, który tak przygotował SIWZ, że zawarty w nim sposób obliczenia ceny zawiera błędy”.

W związku z brakiem wyrażenia zgody przez Wykonawcę na poprawienie powyższej omyłki, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Uzasadnienie faktyczne art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy

Zamawiający na mocy z art. 45 ust. 1 w zw. z ust. 4 ustawy żądał wniesienia wadium w wysokości 150 tysięcy złotych. Wszelkie informacje na temat formy wadium oraz zasad wniesienia wadium, Zamawiający szczegółowo opisał w rozdziale XI SIWZ. Wykonawca Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne SA, Software Development Center Public Sp. z o. o. wraz z ofertą złożył wadium w formie gwarancji bankowej (Gwarancja Bankowa Przetargowa Nr GW/004381/16) z dnia 29 grudnia 2016 roku wystawionej przez Bank BGŻ BNP Paribas S.A. W treści przedmiotowej gwarancji określono warunki zapłaty sumy gwarancyjnej w taki oto sposób; „ (...) bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 150 000,00 PLN (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami), wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała”. W złożonej gwarancji gwarant określił, poprzez wskazanie nieaktualnego dziennika ustaw, warunki zapłaty wadium odwołując się do de facto treści art. 46, w tym ust. 4a ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r. Podnieść należy, iż stan prawny obowiązujący na podstawie ustawy opublikowanej w (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) w kontekście przepisu art. 46 ust. 4a ustawy jest inny, niż obecnie obowiązujący, tj.:

- (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) - „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej”.

- (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) - „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej”.

Ponadto, przyjmuje się, iż zgodnie z zasadami poprawnej legislacji wskazanie „z późn. zm.” w konkretnym dzienniku ustaw oznacza, iż późniejsze zmiany obowiązują do następnego tekstu jednolitego, czyli w omawianym przypadku, do ukazania się tekstu jednolitego w Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.

Należy podkreślić, że treść gwarancji bankowej musi obejmować wszystkie sytuacje zatrzymania wadium uregulowane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, natomiast art. 46 ust. 4a ustawy opublikowanej w (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), nie zawiera przede wszystkim warunku zatrzymania wadium z tytułu niezłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy. Znowelizowany art. 25a ust. 1 ustawy stworzył nowy dokument tj. oświadczenie (w tym wypadku JEDZ), który jest wstępnym potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Mając na uwadze powyższe, złożony przez Wykonawcę dokument gwarancyjny w swojej treści nie odnosi się do nowej kategorii określonej art. 46 ust. 4a ustawy, które obecnie umożliwia Zamawiającemu zatrzymanie wadium. Gwarancja winna wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka uniemożliwiające Zamawiającemu skorzystania z przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Gwarancja bankowa złożona przez Wykonawcę nie zabezpiecza oferty w sposób dający Zamawiającemu pewność pełnego zaspokojenia jego roszczeń, z powodu niewskazania w jej treści wszystkich okoliczności ustawowo uprawniających do zatrzymania wadium. Określenie warunków zapłaty wadium w sposób węższy aniżeli warunki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, powoduje, że wadium nie może być uznane za prawidłowo wniesione.

Podobne stanowisko reprezentuje KIO w wyroku z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 422/15, gdzie Izba wskazała, że: „Nieobjęcie zakresem gwarancji okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego (...)”. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że gwarancja bankowa stanowi samodzielne zobowiązanie banku podejmowane na zlecenie

klienta. Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ponadto, Izba uznała, że brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy oraz, że dopuszczalnym jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i niebudzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13). Tożsame stanowisko zawarto w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 311/15. Dodatkowo, w wyżej przytoczonym wyroku, „Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe”. Zdaniem Izby, gdy „gwarancja bankowa nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo”.

Ponadto, załączona do oferty gwarancja jest niezgodna z rozdziałem XI pkt 5 SIWZ, albowiem w treści gwarancji określone są warunki dla żądania wypłaty przez Beneficjenta, pomimo wyraźnego postanowienia SIWZ w tym zakresie: „W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia treść dokumentu ma zawierać zobowiązanie, odpowiednio podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczyciela, do bezwarunkowej, nieodwołalnej zapłaty wymaganej kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze żądanie pisemne Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy i art. 46 ust. 5 ustawy.

W dokumencie tym gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełniania przez beneficjenta (PFRON) dodatkowych warunków (np. żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek PEFON, albo żądania złożenia wezwania np. tylko w formie listu poleconego czy kurierem, albo żądania przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do działania w imieniu PFRON) lub przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu PFRON”.

Zgodnie z wyżej przytoczonymi zapisami SIWZ wadium wnoszone w gwarancji musi mieć postać gwarancji bezwarunkowej, natomiast gwarant warunkuje zapłatę sumy gwarancyjnej poprzez wprowadzenie do treści gwarancji zapisu, iż oświadczenie o



zaistnieniu przesłanek zatrzymania wadium „musi zostać doręczone Bankowi (...) za pośrednictwem banku beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem Banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta. W przypadku przesłania żądania w formie testowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu ŚWIT bank Beneficjenta gwarancji, powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania wypłaty, a oryginalne żądanie wypłaty zostało przesłane na adres Banku”.

Mając na uwadze powyższe, zobowiązanie gwaranta nie odpowiada wymogom, co do bezwarunkowości. Zamawiający pragnie podkreślić, że wadium wniesione w formie gwarancji, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczeń z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione (KIO/UZP 537/08 i KIO/UZP 62/09) oraz musi dawać Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Niewątpliwie opisane wyżej warunki znacznie utrudniają i wydłużają Zamawiającemu wyegzekwowanie żądanej wypłaty sumy gwarancji w sytuacji ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium. Wobec czego należy uznać, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

#### Uzasadnienie faktyczne art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy

Wykonawca na stronach 54-55 oferty złożył pełnomocnictwo rodzajowe z dnia 30.01.2017 r. ustanawiające Pana G. W. do reprezentowania Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Software Development Center Public Sp. z o. o w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z informacją zawartą w KRS 0000282983 wygenerowanym ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości <https://ems.ms.gov.pl/krs/>, organem uprawnionym do reprezentacji Wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. są dwaj Członkowie Zarządu działający łącznie, natomiast powyższe pełnomocnictwo zostało podpisane tylko przez jednego Członka Zarządu tj. Wiceprezesa Zarządu – M. K.. W związku z powyższym, złożone pełnomocnictwo jest wadliwe.

Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa, gdyż mimo jego złożenia oferta Wykonawcy i tak podlegała odrzuceniu.”

Izba oddalił wniosek dowodowy zgłoszony przez Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci gwarancji wadialnych przedłożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu na okoliczność treści tych gwarancji, gdyż wniosek ten nie

zmierzał do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Treść gwarancji wadialnych złożonych przez innych wykonawców nie wpływa na ocenę spornej gwarancji.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **1. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.**

Prawdą jest, co przyznał sam Zamawiający, że odpowiedź na pytanie nr 307 do SIWZ jest niefortunna. Jednakowoż przypisywanie jej, jak czyni to Odwołujący, rozstrzygającego znaczenia dla sposobu wypełnienia Tabeli, zawartej w pkt II ppkt 1 Formularza ofertowego nie znajduje uzasadnienia. Podobnie, nie zasługuje na aprobatę, przyjęta przez Odwołującego interpretacja odpowiedzi na rzezone pytanie nr 307, jako że nie uwzględnia całokształtu okoliczności mających wpływ na określenie sposobu wypełnienia przedmiotowej Tabeli, jak i treści pytania nr 307.

Wskazując na powyższe w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Odwołujący przecenia wartość odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 307, pomijając równie ważne postanowienia SIWZ, które również dotyczą, czy wskazują na sposób wypełnienia spornej Tabeli. Otóż, nie można nie dostrzec, że Zamawiający żądał określenia w poz. 2E Tabeli ceny jednostkowej brutto Usługi utrzymania. Stanowiska tego nie zmienił, nawet po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 307, bowiem w jednolitej wersji SIWZ zachował obowiązek wskazania ceny jednostkowej brutto, podobnie jak i wartości brutto, która miała stanowić iloczyn kol. D i E, a nie odwzorowanie wartości wynikającej z kol. E.

Skoro więc Zamawiający rozróżnił cenę jednostkową brutto i wartość brutto, określając sposób jej obliczenia, który stanowi iloczyn jednostki miary i ceny jednostkowej brutto, to nie można w ocenie Izby, tych wytycznych zignorować.

Informacja znajdująca się pod Tabelą, zgodnie z którą liczba kwartałów z poz. 2 Tabeli jest wartością szacunkową również ma znaczenie, bowiem wskazuje, po pierwsze, że jest istotna dla skalkulowania ceny oferty, a więc również obliczenia wartości brutto z poz. 2F wspomianej Tabeli. Po drugie, należy zauważyć, że samo wyróżnienie jednostki miary ma sens tylko, gdy służy dla obliczenia ceny. W konsekwencji, informacja ta potwierdza, przy zachowanym układzie Tabeli, że podanie ceny jednostkowej brutto i wartości brutto jest niezbędne dla skalkulowania ceny oferty, porównania ofert, ale też wyboru oferty najkorzystniejszej, a skoro tak, to cena jednostkowa brutto i wartość brutto nie mogą być tymi samymi wartościami, przeczyłoby to bowiem racjonalności Zamawiającego i samym instrukcjom zawartym w przedmiotowej Tabeli.

W drugiej kolejności podkreślenia wymaga, że sama Tabela, jak i opisany sposób jej wypełnienia koresponduje z postanowieniami wzoru umowy w tym przedmiocie. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w § 11 ust. 2 lit. b rzeczony umowy wskazano na wynagrodzenie brutto za realizację Usługi utrzymania, zaś ust. 4 odwołuje się do wynagrodzenia brutto za dany kwartał. Powyższe prowadzi do wniosku, że po pierwsze, w treści wzoru umowy rozróżnia się wynagrodzenie brutto za wykonanie Usługi utrzymania i wynagrodzenie kwartalne za realizację tej Usługi, co potwierdza, że Zamawiający nie utożsamia tych kwot i co jest o tyle istotne, że podane wynagrodzenia odpowiadają odpowiednio wartości brutto i wartości jednostkowej brutto Usługi utrzymania, określonej w przedmiotowej Tabeli.

Zwraca przy tym uwagę fakt, co wymaga podkreślenia, że zarówno treść Tabeli, jak i informacje jej dotyczące, a zawarte w Formularzu ofertowym, a także wzór umowy nie uległy zmianom nawet po udzieleniu przez Zamawiającego wspomnianej odpowiedzi na pytanie nr 307 i opublikowaniu tekstu jednolitego SIWZ. Powyższe wymaga, zdaniem Izby, uwzględnienia, wespół z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 307.

W tym kontekście wart odnotowania jest również fakt, że Zamawiający udzielając spornej odpowiedzi powołał się na przepis 38 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że wolą Zamawiającego było udzielenie wyjaśnień, a nie dokonanie zmiany treści SIWZ, i co tę wolę potwierdza i wzmacnia, niedokonanie przez Zamawiającego, konsekwentnie również w opublikowanej, jednolitej wersji SIWZ, jakichkolwiek zmian odnoszących się do materii, która była przedmiotem zapytania.

Dodatkowym argumentem, przemawiającym za przyjęciem, że wolą Zamawiającego nie było dokonywanie zmian w tym zakresie jest fakt, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania, jeśli dokonywał modyfikacji SIWZ, to wyraźnie to komunikował, wskazując na art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i kończąc pismo przewidujące zmiany formułą: *„Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian. Zmiana treści SIWZ w powyższym zakresie jest wiążąca dla każdej ze Stron”*. W odniesieniu do Tabeli praktyki tej nie zastosował, co stanowi kolejny argument przemawiający za przyjęciem, że wolą Zamawiającego nie był objęty zamiar zmiany sposobu wypełnienia Tabeli, zwłaszcza w kolumnie 2E.

Omówione okoliczności, w ocenie Izby, pokazują, że po pierwsze, spornej materii nie dotyczy wyłącznie odpowiedź na pytanie nr 307, po drugie, że okoliczności te zachowały aktualność nawet po udzieleniu rzeczony odpowiedzi i opublikowaniu przez Zamawiającego jednolitej wersji SIWZ, co przesądza, że mają równorzędne znaczenie z udzieloną odpowiedzią i winny być brane pod uwagę przy interpretacji jej treści.

Przechodząc zaś do tej interpretacji i mając na względzie powołane wyżej okoliczności, w ocenie Izby, nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że cena jednostkowa brutto i wartość brutto z poz. 2 Tabeli mają być wartościami tożsamymi.

Przeczy temu zachowana instrukcja wypełnienia rzeczowej Tabeli oraz treść wzoru umowy, a także opisane wyżej działania Zamawiającego. Wreszcie, co istotne, nie można pomijać, że treść zapytania dotyczy wzoru umowy, sam autor zresztą odwołuje się do niej przez chociażby wskazanie jednostki redakcyjnej wzoru umowy. Skoro zaś zapytanie dotyczy wzoru umowy, to zakładając racjonalność Zamawiającego, a ta chyba nie budzi wątpliwości, odpowiedź również musi dotyczyć tego wzoru. Zatem, udzielona odpowiedź nie inaczej winna być interpretowana niż w taki sposób, że Zamawiającemu chodziło o to, iż wartości dotyczące Usługi utrzymania, a zawarte w Tabeli, będą przeniesione do umowy, w tym sensie będą więc jednakowe, że zarówno w Tabeli, jak i w umowie będą to tożsame wartości.

Oceny tej nie zmienia, zdaniem Izby, użycie przez Zamawiającego słów „pole”, „cena jednostkowa brutto”, „wartość brutto”, które nie znajdują się we wzorze umowy, bowiem posłużenie się nimi na tylko to znaczenie, że Zamawiający wskazywał, jakie wartości z Tabeli i gdzie zawarte będą przeniesione do umowy, stąd też użycie tych charakterystycznych dla Tabeli określeń. Nadto, nie można zapominać, że sporna odpowiedź winna być interpretowana nie tylko na podstawie jej treści, ale i zadanego pytania, a także całego kontekstu sytuacyjnego i innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

W tym miejscu podkreślić również należy, że sam autor pytania nie zrozumiał odpowiedzi w sposób, jaki prezentuje Odwołujący. Większość wykonawców (13 z 15) odmiennie niż Odwołujący interpretowała treść spornej odpowiedzi (w taki sposób, jak Zamawiający). Co więcej, drugi z wykonawców, który analogicznie wypełnił Tabelę, jak Odwołujący, przyznał, że popełnił błąd i wyraził zgodę na poprawienie omyłki w tym zakresie.

Z tych przyczyn należało uznać, że rezultat wykładni odpowiedzi na pytanie nr 307 do SIWZ jest wadliwy, a zatem nie było podstaw, aby w treści Tabeli utożsamiać cenę jednostkową brutto z wartością brutto w poz. 2. Powyższe przesądza, że Odwołujący popełnił w poz. 2E Tabeli błąd, bo w kontekście przyjętej interpretacji SIWZ, działanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia, a skoro tak, to błąd ten wymagał naprawienia i skorygowania ceny jednostkowej brutto w poz. 2E Tabeli. Nawet przyjmując, że Odwołujący działał świadomie, cenę jednostkową brutto utożsamiając z wartością brutto za Usługi utrzymania, to biorąc pod uwagę fakt, że działanie Odwołującego było nieuprawnione, bo źródło tego stanu świadomości było fałszywe, a przynajmniej Odwołujący przypisywał mu fałszywe znaczenie, stwierdzić należy, że zaistniały podstawy do poprawienia omyłki w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie dostrzec należy, że przyjęty ostatecznie przez Zamawiającego sposób poprawienia przedmiotowej Tabeli uwzględnia wszystkie interesy Odwołującego, bowiem cena brutto oferty na skutek poprawienia nie uległa zmianie, co ma istotne znaczenie, biorąc

pod uwagę, że jednym z kryteriów oceny ofert była cena właśnie. Jednocześnie zastosowany sposób poprawienia wychodzi naprzeciw prezentowanemu w orzecznictwie pogładowi, że jeżeli SIWZ zawiera jakiegokolwiek niejednoznaczności, nieścisłości, te należy tłumaczyć je na korzyść wykonawcy, a więc z uwzględnieniem interesów wykonawcy, co Zamawiający uczynił.

W tym kontekście budzi zdziwienie brak zgody ze strony Odwołującego na poprawienie rzeczoności błędu. Odwołujący dokonał bowiem niekorzystnej dla siebie czynności, a mianowicie nie wyrażając zgody na poprawienie omyłki spowodował, że po stronie Zamawiającego zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

## **2. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.**

Gwarancja wadium stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium (roszczenia Zamawiającego) w okolicznościach, w których Zamawiającemu przysługuje prawo do zatrzymania wadium. Sytuacje te zostały określone w przepisie art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Prawidłowo wniesione wadium winno określać sytuacje, w których prawo do zatrzymania wadium się aktualizuje, a więc okoliczności wynikające z powołanych przepisów prawa.

Gwarancja bankowa jako umowa (po przyjęciu przez beneficjenta jednostronnego oświadczenia woli gwaranta) podlega swobodzie kontraktowania, a zatem konieczność wskazania sytuacji, w których obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego gwarant zabezpiecza nie budzi wątpliwości, bowiem nawet bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp) treści gwarancji nie kształtują.

W niniejszej sprawie do rozstrzygnięcia pozostawało, czy Zamawiający, w świetle spornej gwarancji, ma możliwość zatrzymania wadium we wszystkich okolicznościach wynikających z powołanych przepisów. Wątpliwości budzi fakt, że Bank zobowiązał się do zapłaty sumy gwarancyjnej (zagwarantował wypłatę wadium), „jeżeli zaistniała którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami)”.

Wskazanie przez Gwaranta na określony publikator, zdaniem Zamawiającego powoduje, że Bank zobowiązał się do zapłaty jedynie w okolicznościach wskazanych w przepisie art. 46 w brzmieniu wynikającym z tekstu aktu prawnego (ustawa Pzp), opublikowanego we wskazanym publikatorze, z uwzględnieniem zmian, które weszły w życie do czasu opublikowania kolejnego tekstu jednolitego ustawy Pzp. Fakt ten ma o tyle istotne

znaczenie, że ustawa Pzp w powołanym brzmieniu nie obejmuje przypadków zatrzymania wadium z powodu niezłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, stanowisko Zamawiającego jest prawidłowe. Przesądżające znaczenie dla oceny przedmiotowej sytuacji mają „Zasady techniki prawodawczej” wprowadzone rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. 2016 r., poz. 283). Zgodnie z § 90 powołanego rozporządzenia zmienia się zawsze pierwotny tekst ustawy, a jeżeli wprowadzono do niego zmiany - tekst zmieniony. Jeżeli ogłoszono tekst jednolity ustawy, zmienia się ten tekst, a w przypadku gdy wprowadzono zmiany do tekstu jednolitego - zmieniony tekst jednolity.

Powyższe, zdaniem Izby wymaga przyjęcia, że zmianie podlega tekst pierwotny ustawy, a w przypadku tekstu już zmienionego, ten tekst. Natomiast inna zasada obowiązuje w przypadku ogłoszenia tekstu jednolitego, bowiem wtedy nie zmienia się testu pierwotnego czy nawet zmienionego ustawy, ale zmienia się tekst jednolity bądź zmieniony tekst jednolity, jeśli wprowadzono do niego zmiany.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy oznacza to, że wskazanie w treści spornej gwarancji na t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. ma taki skutek, że referuje do ustawy Pzp w brzmieniu, które uwzględnia zmiany do czasu opublikowania t.j. w Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. W świetle powołanych zasad zmienia się bowiem tekst jednolity, a jeżeli go zmieniono, ten tekst i dotyczyć to może jedynie aktualnego testu jednolitego, a nie uprzedniego tekstu jednolitego. W konsekwencji późniejsze zmiany tekstu aktu prawnego względem opublikowanego jednolitego tekstu tego aktu mogą dotyczyć wyłącznie tego aktu, który został ogłoszony jako tekst jednolity i obejmują zmiany, które nie zostały skonsumowane przez kolejny tekst jednolity. Zatem, zwrot „późn. zm.” odnoszony do testu jednolitego aktu prawnego odnosi się do zmian, których nie obejmuje następny tekst jednolity.

Biorąc zaś pod uwagę, że po ogłoszeniu tekstu jednolitego ustawy Pzp w Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ogłoszono kolejny tekst jednolity w Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 treść ustawy Pzp opublikowanej w Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. należy ustalać z uwzględnieniem treści ustawy stanowiącej tekst jednolity i zmian do niej, których nie obejmuje kolejny test jednolity.

Wynik porównania obu tekstów jednolitych ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że ten wskazany przez Gwaranta nie uwzględnia zmian, które zostały wprowadzone w dniu 28 lipca 2016 r. (możliwość zatrzymania wadium w przypadku niezłożenia JEDZ), a zatem uprawiony jest pogląd, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że oświadczenie woli zawarte w gwarancji podlega wykładni według reguły z art. 65 § 1 k.c., ale zastrzona odpowiedzialność gwaranta na pierwsze żądanie wymaga ścisłego tłumaczenia przesłanek formalnych (uzasadnienie

wyroku SN z dnia 25.06.1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000/1/16; także M. Olechowski, Glosa do wyroku SN z dnia 25.06.1999 r., II CKN 402/98, PUG 2000, z. 7-8, s. 17).

Oznacza to, że treści spornej gwarancji bankowej nie należy wyklądać wbrew treści tam zawartej z pogwałceniem zasad, które regulują sposób dokonywania zmian w akcie prawnym.

Nadto, należy uwzględnić fakt, że zarówno Gwarant, jak i Odwołujący są profesjonalnymi uczestnikami rynku, a zatem wobec nich należy stosować podwyższony miernik staranności (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 k.c), który każe przyjąć, że oba podmioty wskazując czy też akceptując określone treści czynią to w sposób świadomy, z rozeznanieniem skutków podjętych czynności.

Oceny tej nie zmienia stanowisko Gwaranta zaprezentowane w piśmie z dnia 30 marca 2017 r. bowiem po pierwsze, w doktrynie podkreśla się, że właściwość zobowiązania gwaranta przemawia za wyłączeniem, a co najmniej znacznym ograniczeniem, stosowania wykładni opartej na art. 65 § 2 k.c. Zaś uwzględnienie tego stanowisko w istocie prowadziłoby do stasowania reguł wykładni zawartych w powołanym przepisie.

Po drugie, rzeczony pismo stanowi *de facto* polemikę z twierdzeniami Zamawiającego, zawartymi w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i jako takie podlega ocenie przez Izbę. Jednocześnie Izba nie podziela poglądu Gwaranta, że podanie publikatora ma wyłącznie charakter informacyjny. Jak wskazano powyższej czynność ta ma doniosłe skutki prawne.

Jeśli idzie o drugi element sporu w tym przedmiocie, to Zamawiający nieprawidłowość wniesienia wadium wiąże z zakwestionowaniem jego bezwarunkowości, a to z tej przyczyny, że w treści spornej gwarancji zostały zawarte postanowienia, które zdaniem Zamawiającego warunkują zapłatę sumy gwarancyjnej, w szczególności chodzi o zastrzeżenie, że *„pismne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta”*, które dodatkowo jest niezgodne z treścią SIWZ.

W ocenie Izby, stanowisko to jest nieuprawnione. Gwarancja wystawiona przez Gwaranta nie straciła charakteru bezwarunkowej przez to, że zawierała opis wymagań stawianych wezwaniu do zapłaty. Powstanie ochrony wynikającej z gwarancji nie zostało uzależnione w treści czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, czyli postanowienia o zastrzeżeniu warunku w rozumieniu art. 89 k.c. Gwarancja nie zawierała

żadnego odwołania do potwierdzenia realnego stanu zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp albo udowodnienia tego stanu w inny sposób. Gwarant ustalił jedynie, w jaki sposób uprawniony ma zgłosić żądanie wypłaty świadczenia. W związku z powyższym bezwarunkowość gwarancji, przy oświadczeniu w jej treści, że Gwarant zobowiązuje się bezwarunkowo do określonych czynności, nie powinna budzić wątpliwości.

Pozostaje zatem pytanie, w jaki sposób należy kwalifikować sporne wymogi związane z żądaniem zapłaty, a w szczególności ze sposobem jego doręczenia. Zdaniem Izby, jest to element stosunku prawnego łączącego Gwaranta i Beneficjenta (element zobowiązania), który nie stanowi warunku w rozumieniu art. 89 k.c. W ocenie Izby, jako taki nie stanowi podstawy do stwierdzenia nieprawidłowości wniesienia wadium, nawet jeśli Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że brak możliwości zamieszczenia klauzul odnoszących się sposobu przekazania żądania zapłaty.

Kwestii nieprawidłowości wadium nie należy wiązać z niezgodnością z SIWZ, bowiem tylko treść oferty podlega ocenie pod tym kątem i wywołuje skutki prawne (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś, wadium jako niestanowiące treści oferty wyłączone jest spod tej oceny. Gdyby ustawodawca miał wolę dokonywania oceny w aspekcie postanowień SIWZ innych niż te, dla których zamawiający uzyskał podstawę normatywną, z pewnością by to uczynił. Tymczasem brak wyraźnego upoważnienia do powyższego powoduje, że przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie należy interpretować rozszerzająco.

W tym przedmiocie Izba akceptuje stanowisko wyrażone w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1779/10; wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. akt: 1279/14).

Reasumując stwierdzić należy, że wadium nie zostało wniesione przez Odwołującego w sposób prawidłowy. Gwarant nie zabezpieczył wypłaty sumy gwarancyjnej w okoliczności niezłożenia przez Wykonawcę JEDZ. Przy czym zwraca uwagę brak staranności w tym zakresie Odwołującego, który jako zleceniodawca, wypełniając zlecenie na formularzu bankowym, nie zweryfikował, czy okoliczności zatrzymania wadium będą określone w sposób wyczerpujący, a dodatkowo nie przedłożył, dla zabezpieczenia własnych interesów, treści SIWZ Gwarantowi. Tym bardziej więc powyższe wskazuje, że podwyższonej staranności wymaganej dla profesjonalisty Odwołujący nie zachował (art. 355 § 2 k.c.).

Natomiast zawarcie w treści spornej gwarancji bankowej klauzul związanych ze sposobem doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty, zdaniem Izby, nie przeczy bezwarunkowości gwarancji.

Ostatecznie, wobec barku prawidłowego wniesienia wadium przez Odwołującego, czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.



89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp należało uznać za prawidłową, a zatem przedmiotowy zarzut okazał się chybiony.

### **3. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.**

Zdaniem Izby powołany zarzut jest uzasadniony. Jakkolwiek sporne pełnomocnictwo jest wadliwe, to jednakowoż stwierdzenie nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów nie jest możliwe bez zastosowania procedury uzupełnienia pełnomocnictwa z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, która ma charakter obligatoryjny. Zatem, tylko w okolicznościach, w których uzupełnione pełnomocnictwo pozostawałoby wadliwe aktualizowałby się obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy z tej przyczyny (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający odstąpił, i słusznie, od zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co powodowało, że Zamawiający na tym etapie postępowania nie mógł przesądzić, czy sporne pełnomocnictwo było prawidłowe. Powyższe uprawniało więc Zamawiającego jedynie do poinformowania Wykonawcy, że nie wzywał do uzupełnienia pełnomocnictwa z uwagi na zaktualizowanie się przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący: .....**