

WYROK

z dnia 14 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2016 r.** przez konsorcjum firm: **1) Track Tec Construction Sp. z o. o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław (lider); Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków; Swietelsky Baugesellschaft m.b.H, Eldbacherstrase 10, 4020 Linz, Austria; „INFRAKOL” Sp. z o. o. spółka komandytowa, ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor; Leonhard Weiss GMBH & CO.KG, Leonhard-Weiss-Str. 22, 73037 Göppingen, Niemcy; INTOP Warszawa Sp. z o. o., ul. Wiertnicza 108, 02-952 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, przy udziale konsorcjum firm:**

- BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (lider); Strabag Sp. z o. o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; Strabag Rail a.s., Železničarska cp. 1385/29, Strekov, CZ 400 03 Usti nad Labem- Strekov, Republika Czeska; Strabag Rail GmbH, i-Park Taubberfranken 9, S-97922 Lauda-Königshofen, Niemcy; Strabag Áltálanos Épitő Kft., ul. Gabor Denes 2 (Infopark Dépület), H-1117 Budapest, Węgry; ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: **1) Track Tec Construction Sp. z o. o. (lider); Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o.; Swietelsky Baugesellschaft m.b.H; „INFRAKOL” Sp. z o. o. spółka komandytowa; Leonhard Weiss GMBH & CO.KG; INTOP Warszawa Sp. z o. o.**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: **1) Track Tec Construction sp. z o. o. (lider); Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o.; Swietelsky Baugesellschaft m.b.H; „INFRAKOL” Sp. z o. o. spółka**

komandytowa; Leonhard Weiss GMBH & CO.KG; INTOP Warszawa Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego - konsorcjum firm: **1) Track Tec Construction Sp. z o. o. (lider); Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o.; Swietelsky Baugesellschaft m.b.H; „INFRAKOL” Sp. z o. o. spółka komandytowa; Leonhard Weiss GMBH & CO.KG; INTOP Warszawa Sp. z o. o.** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **2 410 zł 80 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta dziesięć złotych osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego na wykonanie prac projektowych i robót budowlanych dla projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”, (ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2015/S 209-378862 z 28.10 2015 r.), w dniu 30 października 2016 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu (lider); Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie; Swietelsky Baugesellschaft m.b.H z siedzibą w Linzu, Austria; „INFRAKOL” Sp. z o. o. spółka komandytowa z siedzibą w Jaworze; Leonhard Weiss GMBH & CO.KG, z siedzibą w Göppingen, Niemcy; INTOP Warszawa Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o. o.” lub „odwołującym”, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 20 października 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze oferty konsorcjum: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (lider); Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie; Strabag Rail a.s. z siedzibą w Usti nad Labem- Stfekov, Republika Czeska; Strabag Rail GmbH z siedzibą w Lauda-Kónigshofen, Niemcy; Strabag Általanos Épitó Kft. z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zwanego dalej „konsorcjum BUDIMEX” lub „przystępującym”, oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 listopada 2016 r. przesłane środkiem komunikacji elektronicznej, pisemne zgłoszenie (w kopii przesłane stronom) złożył w dniu 4 listopada 2016 r. wykonawca wybrany - konsorcjum firm: BUDIMEX S.A. (lider), Strabag Sp. z o. o., Strabag Rail a.s.; Strabag Rail GmbH; Strabag Általanos Épitó; ZUE S.A. - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w utrzymaniu w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: BUDIMEX S.A. (lider), Strabag Sp. z o. o., Strabag Rail a.s.; Strabag Rail GmbH; Strabag Általanos Épitó; ZUE S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy

Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwaną „ustawą Pzp,” tj.:

1. art. 7 ust. 1,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, oraz
3. art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący zarzucił, że zaniechania i czynności zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ- Instrukcja dla wykonawców - dalej „SIWZ- IDW”), tj. pkt 9 IDW, w szczególności ppkt 9.5, 9.6, 9.9 i 9.12.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum BUDIMEX jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem działania zamawiającego zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu został zaproszony do złożenia oferty i złożył ją. Odwołujący uznał, że jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, lecz ze względu na bezpodstawne wykluczenie go z postępowania oferta została uznana za odrzuconą. Odwołujący zaznaczał, że jest narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem- z czego wywodził uprawnienie do wniesienia odwołania zgodnie z wymaganiami określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z oceną stanu faktycznego i prawnego przez zamawiającego. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, uznając, że złożona wraz z ofertą gwarancja wadium, wystawiona na zlecenie "INTOP WARSZAWA" Sp. z o.o. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., nie zabezpiecza w pełni jego interesów, gdyż nie wymienia w swej treści wszystkich okoliczności zatrzymania wadium określonych ustawą Pzp, tj.:

- 1) możliwości zatrzymania wadium w przypadku gdy wykonawca po wezwaniu do

uzupełnienia dokumentów, trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełni 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,

2) wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przypadku wyżej wskazanego punktu pierwszego, zamawiający uznał, że okoliczności tam wskazane nie obciążają odwołującego, bowiem postępowanie jest dwuetapowe i kwestia przynależności do grupy kapitałowej została rozstrzygnięta na etapie prekwalfikacji wniosków. Ważnym dla zamawiającego okazał się brak w gwarancji wadialnej wskazania okoliczności wymienionej wyżej w punkcie 2.

Odwołujący przekonywał, że ocena przez zamawiającego treści przedłożonej gwarancji wadialnej jest zbyt formalistyczna, bez uwzględnienia treści IDW i zasad wykładni oświadczeń woli określonych w Kodeksie cywilnym, w art. 65 § 1, który stanowi: „*Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*”

Odwołujący wyjaśniał, że postanowieniami w pkt 9 IDW zamawiający określił zasady wnoszenia wadium i okoliczności zatrzymania wadium, czym zwrócił uwagę na istotne dla niego aspekty treści gwarancji wadialnych oraz okoliczności zwrotu i zatrzymania wadium. I tak:

- w ppkt 9.5 zamawiający wskazał: *„W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie”*

- w ppkt 9.6 zamawiający wskazał: *„Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa): nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer) i nazwa postępowania, termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 14.1 IDW”*

- w ppkt 9.9 zamawiający postanowił: *„Zamawiający zwróci wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem pkt 9.10 IDW oraz treści art. 46 ust. 4a Ustawy”*

- w ppkt 9.12 zamawiający wskazał: *„Okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.”*

W przekonaniu odwołującego, zamawiający oceniając treść gwarancji wadialnej winien zauważyć, że gwarant wystawiając gwarancję wadialną był w pełni świadomy, że

postępowanie przetargowe jest prowadzone na podstawie ogłoszenia z dnia 28 października 2015 r. i wpis do treści gwarancji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w treści zgodnej z Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. jest zwykłą omyłką pisarską. Odwołujący uznał, że najprawdopodobniej przy wypełnianiu gwarancji zastosowano stary wzór gwarancji znajdujący się w komputerze pracownika gwaranta.

Odwołujący stwierdził, że wersja ustawy Pzp, opisywanej wyżej wskazanym Dziennikiem Ustaw wraz ze zmianami, zakończyła swój byt prawny w dniu 24 czerwca 2010r., bowiem od dnia 25 czerwca 2010 r. weszła w życie wersja ustawy Pzp ogłoszona jednolitym tekstem w Dz.U.2010.113.759. Od dnia 24 czerwca 2010 r. (jest to ostatni dzień bytu prawnego wersji ustawy Pzp cytowanej w gwarancji wadialnej) do dnia 28 października 2015 r. (jest to dzień ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ustawa Pzp była 25 razy zmieniana, w tym była dwukrotnie ogłoszona w Dziennikach Ustaw w formie jednolitego tekstu, tj. w Dz.U.2010.759 i w Dz.U.2013.907.

Odwołujący zaznaczał, że gwarant w treści gwarancji wadialnej powołuje się na nazwę i nr referencyjny zamówienia publicznego i na warunki przetargu. Z tego wywodził, że nie może być wątpliwości, że jego intencją było wystawienie gwarancji wadialnej zgodnej z ustawą Pzp w jej wersji na dzień ogłoszenia o zamówieniu i zgodnej z postanowieniami IDW (SIWZ). Skoro gwarant powołał się w gwarancji na warunki przetargu (t.j. na postanowienia IDW), to miał świadomość, że w przypadku niewyrażenia zgody przez odwołującego na poprawienie przez zamawiającego omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wadium zostanie zatrzymane - zamawiający wystąpi do gwaranta o zapłatę kwoty wadium. W opinii odwołującego - potwierdza ten fakt ppkt 9.9 IDW.

Odwołujący przyznał, że oświadczenie woli zawarte literalnie w treści gwarancji wadialnej pozostaje w sprzeczności z istniejącym stanem, ale też z rzeczywistym zamiarem gwaranta, jakim było zabezpieczenie oferty odwołującego wadium.

Nadto, zauważył, że w pkt 9 IDW zamawiający wiele napisał o swoich wymaganiach dotyczących treści gwarancji wadialnej, ale nie zażądał zamieszczenia w treści gwarancji informacji o przesłankach zatrzymania wadium. Zamawiający w ppkt 9.12 IDW napisał - *„Okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.”*

Odwołujący kontynuował, że gwarant znając warunki przetargu, na które powołał się w gwarancji, posiadał wiedzę, że nie uchyli się od zapłaty zamawiającemu kwoty wadium, jeżeli ziści się względem odwołującego którakolwiek z okoliczności wskazanych w ustawie Pzp, w jej wersji aktualnej na dzień ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący przywołał tezy z wyroku z dnia 7 czerwca 2016 r. sygn. akt: KIO 856/16 i KIO 860/16, w których Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *"Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego, dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. Jednak wymóg, by dokument gwarancji zawierał tego rodzaju sformułowania, powinien być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O "bezwarunkowości" zapłaty gwarancji powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 k.c.)."*

Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę wskazane wyżej aspekty sprawy, zamawiający, korzystając z uprawnienia nadanego mu przez art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, winien dokonać wykładni (tłumaczenia) treści oświadczenia woli złożonego przez gwaranta, z uwzględnieniem okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone, i przywołanych wyżej postanowień IDW oraz przepisów ustawy Pzp w wersji aktualnej na dzień ogłoszenia o zamówieniu.

Z powyższych względów odwołujący przypisywał zamawiającemu zaniechanie, które skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z postępowania, czym zamawiający naruszył cytowane wyżej postanowienia IDW oraz art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Przywołał kolejny wyrok z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn.. akt: KIO 1645/12, w którym Krajowa Izba Odwoławcza podała: *„Wskazać należy, że p.z.p. nie wymaga przytoczenia w treści gwarancji wszystkich przesłanek zatrzymania wadium. Izba stwierdziła, że dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego, w tym art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W ocenie Izby, w stanie faktycznym niniejszej sprawy niewątpliwym jest, że zamiarem stron (gwaranta Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. oraz odwołującego) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego."*

Odwołujący zwrócił należy uwagę na fakt, że Zamawiający postanowił w IDW (w ppkt 9.12), że *„okoliczności przypadku wadium określa Ustawa,"* a w fazie badania ofert niezasadnie według odwołującego ocenił, że brak w treści gwarancji wadialnej jednej z okoliczności przypadku wadium wymienionej w ustawie Pzp, stanowi o istotnej wadzie gwarancji ze skutkiem uznania, że wadium nie zostało wniesione w ogóle. Takie działanie

zamawiające uznał za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podtrzymał twierdzenia, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania z powodu niewniesienia wadium w sytuacji, gdy wadium to zostało prawidłowo wniesione, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podsumowując, zwrócił uwagę, że ustawa Pzp, ani inne przepisy szczególne, nie określają, jaka winna być treść ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej. Zamawiający w IDW określił wprost tylko niektóre ważne dla niego informacje, które winny znaleźć się w gwarancji, natomiast w zakresie okoliczności zatrzymania wadium odwołał się do ustawy Pzp.

Odwołujący utrzymywał, że najistotniejszą informacją płynącą z przepisów ustawy Pzp jest, że gwarancja wadialna winna zabezpieczyć ofertę w taki sposób, aby umożliwić zamawiającemu zatrzymanie wadium w przypadku wystąpienia względem wykonawcy okoliczności określonych tą ustawą, a za taką uznawał załączoną do swojej oferty.

Za ważną informację przyjął, iż sporna gwarancja wadialna zabezpiecza ofertę odwołującego tylko w 1/3 części kwoty wadium. Odwołujący wraz z ofertą złożył jeszcze dwie inne gwarancje wadialne, razem na kwotę wadium 5 100 000 PLN.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający pismem z dnia 5 października 2016 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem występowania w ofercie rażąco niskiej ceny. Takie wyjaśnienia we wskazanym terminie zostały złożone. Z powyższej okoliczności odwołujący wywodził, iż działanie zamawiającego potwierdza, że uznał gwarancje wadialne załączone do oferty odwołującego, jako zabezpieczające jego interesy, bowiem gdyby było inaczej nie wzywałby do składania wyjaśnień ceny. Zamawiający później jednak zmienił zdanie. W opinii odwołującego - zamawiający zastosował w sprawie daleko idący formalizm. Wykluczył odwołującego, który złożył ofertę na najlepszych warunkach cenowych, i wybrał ofertę konsorcjum BUDIMEX o ok. 700 000 PLN droższą, bo niby niepewny był uzyskania 1/3 kwoty wadium w przypadku mało prawdopodobnym zatrzymania wadium.

Ponowił argumentację, że sporna gwarancja wadialna zabezpiecza interes zamawiającego, a celem postępowań przetargowych, prowadzonych na podstawie ustawy Pzp, jest wybór najkorzystniejszej oferty. Podtrzymał, że zamawiający wskutek nadmiernego formalizmu dokonał wyboru oferty, która w tym postępowaniu nie jest najkorzystniejsza. Zaznaczał, że formalizm w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego winien być stosowany jedynie w zakresie niezbędnym dla zachowania równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie do protokołu rozprawy podał, że bezspornym jest, iż dokument gwarancji wadialnej wystawiony przez Sopockie Towarzystwo

Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. w dniu 25.08.2016 r. nr 280000119182 na kwotę 1 700 000,00 na zlecenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. był wadliwy. Wynika to wprost z treści załączonego pisma odwołującego z 10 października 2016, stanowiska ubezpieczyciela z dnia 4.10.2016, który oświadczył, że w treści ww. gwarancji została popełniona omyłka pisarska, i w dalszej konsekwencji w dacie składania ofert 5.10.2016 r. odwołujący nie złożył wadium, gdyż część ryzyk wymienionych w ustawie Pzp - art. 46 ust.4a, nie została objęta przedłożoną gwarancją. Gwarancja taka, która obejmowała wszystkie ryzyka wymienione w art. 46 ust. 4a została złożona dopiero w dniu 10.10.2016r. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO i SO, a zwłaszcza Sądu Okręgowego w Warszawie, np.: wyrok z 16.maja 2013 sygn. XXIIIIGA584/13, Sąd ten stwierdził, że w postępowaniach o zamówienie publiczne nie ma możliwości uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Jest to regulacja szczególna, w ramach ustawy Pzp, która mimo, że przewiduje szereg przypadków sanowania nieprawidłowych dokumentów, jednak nie odnosi się to do wadium. W związku z powyższym art. 65 K. c. nie może być stosowany do treści dokumentu wadialnego, gdyż ocenie podlega dokument - gwarancje bankowe, czy ubezpieczeniowe. Sytuację, gdy wadium tzn. dokument nie zawiera jednego z koniecznie wymaganych elementów, należy traktować jako wadium niewniesione. To stanowisko potwierdza cały szereg orzeczeń KIO oraz SO w Warszawie. Przywołał wyrok z dnia 2.06.2015, sygn. akt: KIO 1050/15 oraz uchwałę SN z 1 marca 2007r. sygn. IIICZP96/06 z której wynika, że „Wykładnia celowościowa nie powinna negować jednoznacznego wyniku dokładnie dokonanej wykładni językowej.” W przypadku dokumentów wymaganych w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie można ich uznawać w drodze dokonywania wykładni, a jedynie poprzez złożenie uzupełnionego prawidłowego dokumentu. W niniejszej sprawie zamawiający uznał za istotę, że treść zakwestionowanej gwarancji ubezpieczeniowej, w ust.3 obejmowała niekompletny zakres okoliczności uzasadniających wystąpienie o wypłatę wadium, z kolei ust. 4 upoważniał beneficjenta do wystąpienie o zapłatę wadium w sytuacjach, jak w ustępie 3. Przywołał wyrok SO w Warszawie z dnia 10.09.2015 o sygn. XXIIIGA1041/15, w którym Sąd ten stwierdził, że treść gwarancji bankowej powinna wymieniać wszystkie wypadki, których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, w tym określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający podtrzymał, że prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania i nie naruszył dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący konsorcjum, którego liderem jest BUDIMEX S.A. popierał stanowisko zamawiającego, zaznaczył że pismo na które powoływał się odwołujący z 7.10.2016r. złożone 10.10.2016r. miało potwierdzać, że odwołujący był w posiadaniu aneksu nr 4 już w dniu 4.10.2016 r. dopiero aneks nr 4 w p-ku 3 wymienia kompletne podstawy zatrzymania

wadium, obowiązujące w dacie jego wystawienia. Dokument ten ani w kopii, ani w oryginale nie został dołączony do oferty w dniu 5.10.2016. Te dokumenty, które zostały załączonego do zbioru oferty, nie stawiały o prawidłowym wniesieniu wadium. Odwołujący usiłował przekonać, że były one prawidłowe - poprzez wykładnię na podstawie art. 65 K.c., podczas gdy nawet sam gwarant nie porzekał jedynie na tym, że dokonał wykładni swoich oświadczeń opartych na pierwotnej treści gwarancji i na aneksach 1-3, tylko sam sporządził aneks nr 4, w którym zamieścił zmianę warunków w stosunku od pierwotnie wyznaczonych. Sam gwarant uznał, że w przypadku omyłki, którą przyznał - potrzebna jest wymiana dokumentów. Przystępujący podnosił, że nie zachodzi sytuacja, że gwarant wpisał jedynie nieprawidłowe oznaczenia dziennika ustaw, ale w ślad za tym w pkt 3 dokumentu gwarancji, zostały określone przypadki, w których beneficjent może ubiegać się o zapłatę wadium i zostały one określone nieprawidłowo w sposób zawężony w odniesieniu do obowiązujących przepisów. Przystępujący nie zgadzał się z interpretacją odwołującego, że skoro w p-ktcie 9.12 SIWZ jest mowa o tym, że sytuacje przypadku wadium określa ustawa, to nie miały znaczenie zapisy zawarte w dokumentach gwarancji. W punkcie 9.6 zamawiający wskazał jakie elementy powinny znaleźć się w dokumencie gwarancji w tym wskazywał na elementy właściwe dla danej formy wynikające z ustawy. Gwarancje ubezpieczeniowe nie mają własnych odrębnych warunków, tak jak art. 81 ust 1 Prawa bankowego, aby gwarancja bankowa określała warunki zapłaty. Warunki zapłaty zostały w omawianych gwarancjach podane w p-ktcie 3 i są one określone zbyt wąsko w stosunku do przesłanek, które określa ustawa Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ -IDW z wyjaśnieniami; oferty odwołującego i przystępującego, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, z protokołu postępowania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron oraz przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał następujący stan faktyczny, którego strony i uczestnik nie kwestionowali, ani nie wnosili o jego uzupełnienie.

W sekcji III.1.1) ogłoszenia w Dz. Urz. UE 2015/S 209-378862 z 28.10.2015 r. Wymagane wadia i gwarancje, podano - Zamawiający będzie wymagał wniesienia wadium w wysokości 5 100 000 PLN.

Przesłana wykonawcom specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ -IDW) zawiera

w zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania następujące postanowienia.

1. Informacje wprowadzające.

1.2. Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie oraz niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1.3. Użyte w SIWZ terminy mają następujące znaczenie:

„Ustawa” - ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164),

Pkt 9 SIWZ -IDW Wadium.

9.1. Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swoją ofertę wadium w wysokości 5 100 000 PLN.

9.2. Wadium musi być wniesione w formie zgodnej z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

9.3. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, określonym w pkt 15.1 IDW.

9.4. Dokument potwierdzający wniesienie wadium w postaci:

9.4.1. Oryginału lub kopii polecenia przelewu (...)

9.4.2. Oryginału dokumentu będącego każdą inną formą wadium (...)

9.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być, co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie.

9.6. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa): nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer) i nazwa postępowania, termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 14.1 IDW.

9.9 Zamawiający zwróci wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem pkt 9.10 IDW oraz treści art. 46 ust. 4a Ustawy.

9.12. Okoliczności przepadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.

9.13. Beneficjentem gwarancji wadium jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

Kryteriami oceny ofert były:

Cena - waga 65

Termin realizacji - waga 25

Okres gwarancji - waga 10

Termin składania ofert wyznaczono do dnia 5 października 2016 r.

Wykonawcy zaoferowali ceny:

1. Konsorcjum BUDIMEX S.A.- 196 431 000, 00
2. Torpol S.A. (oferta uznana za odrzuconą)
3. Konsorcjum Trakcja PRKII S.A. - 260 874 390,00
4. Konsorcjum PORR Polska Construction S.A. - 205 850 340,00
5. Konsorcjum ASTALDI S.p.A. - 270 970 154,97
6. Konsorcjum PUT INTERCOR Sp. z o.o. - 209 100 000,00
7. Konsorcjum odwołującego - 195 739 304,35 (oferta uznana za odrzuconą)
8. Konsorcjum Vias y Construcciones S.A. - 231 862 946,71

Wszyscy wykonawcy zaoferowali 72 miesięcy gwarancji oraz 26 miesięcy termin realizacji zamówienia.

Na stronach od 27 do 37 oferty odwołującego zamieszczone zostały gwarancje wadialne, wystawione przez:

- a) MBank na kwotę 1 700 000,00
- b) Raiffeisen Bank Polska S.A. na kwotę 1 700 000,00

- które w swej treści wymieniają wszystkie przypadki uprawniające beneficjenta do wystąpienia o zapłatę sumy gwarancyjnej, określone art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp oraz wymagające w celu wypłaty z tytułu gwarancji oryginału wezwania do zapłaty przez beneficjenta, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenia wskazującego okoliczność spośród wymienionych w treści gwarancji, stanowiącą podstawę roszczenia beneficjenta.

Złożona wraz z ofertą gwarancja wadialna z aneksami nr 1-3, wystawiona na zlecenie uczestnika konsorcjum INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. przez Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. w dniu 25.08.2016 r. nr 280000119182 na kwotę 1 700 000,00 stanowi: pkt 3. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą” nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie;

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zgodnie z punktem 4 wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 21 dni od daty doręczenia Gwarantowi w terminie ważności gwarancji oryginału wezwania do zapłaty zawierającego (...) oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 3, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta.

Pismem z dnia 7 października 2016 r., złożonym 10 października 2016 r. odwołujący wyjaśniał zamawiającemu: wobec zauważenia, że omyłkowo nie został załączony do oferty oryginał aneksu nr 4 z dnia 4 października 2016 r. do gwarancji nr 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 r. wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. - przekazuje wymieniony aneks. Jednocześnie wyjaśniał, że: „w/w aneks nr 4 z dnia 4 października 2016 roku do gwarancji 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 roku został wystawiony przez gwaranta w związku z zauważoną omyłką pisarską w oznaczeniu numeru dziennika ustaw dla ustawy prawo zamówień publicznych przywołanego w treści gwarancji przetargowej nr 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 roku i w aneksie nr 3 z dnia 3 października 2016 roku do tej gwarancji. Omyłka pisarska została niezwłocznie zauważona i od razu usunięta.

Jednocześnie wskazać należy, że gwarancja jest ważna, a zaistniała omyłka pisarska nie wpływa w żaden sposób na prawidłowe zabezpieczenie oferty. Podkreślić należy, że gwarancja ubezpieczeniowa przetargowa zobowiązuje gwaranta do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia należności na pierwsze wezwanie Zamawiającego, jako Beneficjenta z gwarancji w przypadku wystąpienia okoliczności wynikających z ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Niekwestionowaną okolicznością jest to, że strony zobowiązane są do stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych w treści obowiązującej w danej chwili, a zatem tak w chwili składania wniosku, jak i składania oferty oraz innych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest także to, że nie istniał żaden obowiązek przywoływania w treści gwarancji numeru dziennika urzędowego - Dziennika Ustaw, w którym publikowane są ustawy, bowiem wiadomym jest, że istnieje jedna treść, konkretna treść ustawy, którą uczestnicy postępowania przetargowego zobowiązani są stosować. Zatem fakt przywołania numeru Dziennika Ustaw bądź jego brak nie może w żaden sposób wpływać na treść zobowiązania, gdyż nie jest możliwe stosowanie innej treści ustawy, niż ta która obowiązuje w chwili dokonywania danej

czynności - w tym przypadku w chwili zabezpieczenia oferty.

Niemniej jednak w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości lub niejasności Gwarant usunął swoją omyłkę pisarską i precyzyjnie wskazał w powyżej wskazanym aneksie nr 4 do gwarancji nr 280000119182, że oferta została zabezpieczona zgodnie z aktualną i obowiązującą treścią ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co oznacza, że Zamawiający uprawniony jest do wystąpienia z roszczeniem o zapłatę m.in. w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 5 bądź art. 46 ust 4a tej ustawy. Podkreślić także należy, że taka treść gwarancji odpowiada i jest zgodna z wnioskiem złożonym do Gwaranta przez członka konsorcjum - spółkę INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz jest zgodna z wymogiem Zamawiającego.

W celu potwierdzenia powyższych okoliczności, Gwarant poza wystawieniem aneksu nr 4 z dnia 4 października 2016 roku do swojej gwarancji nr 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 roku, złożył także oświadczenie, drogą którego wskazał, że została popełniona omyłka pisarska w przywołaniu numeru dziennika urzędowego - Dziennika Ustaw, jednak wolą Gwaranta było i jest zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego, PKP Polskie Unie Kolejowe SA zgodnie z treścią obowiązującej ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Gwarant oświadczył i potwierdził, że gwarancja jest ważna od samego początku jej wystawienia i odpowiada warunkom przetargu, zaś zaistniała omyłka nie wpływa w żaden sposób na prawidłowe zabezpieczenie oferty złożonej przez Konsorcjum Track Tec Construction, bowiem Gwarant gwarantuje i potwierdza, że Zamawiający uprawniony jest wystąpić z roszczeniami w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności wymienionych w treści ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w tym w art. 46 ust. 5 bądź art. 46 ust. 4a tej ustawy, czemu dał wyraz od razu w treści aneksu nr 4 z dnia 4 października 2016 roku do gwarancji nr 280000119182.

Jednocześnie Gwarant potwierdza, że wniosek o udzielenie gwarancji został do niego złożony prawidłowo, zgodnie z wymogami przedmiotowego przetargu oraz zgodnie z treścią obowiązującej ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co oznacza, że wolą Gwaranta od samego początku było zagwarantowanie zapłaty zgodnie z obowiązującym prawem. Nie było zatem wolą ani Konsorcjum Track Tec Construction, ani samego Gwaranta doprowadzenie do stanu, w którym Zamawiający mógłby obawiać się o rzeczywiste zabezpieczenie wadialne złożonej oferty Konsorcjum Track Tec Construction.

W tym stanie rzeczy, wobec zauważenia, że nie został do Zamawiającego złożony oryginał aneksu nr 4 z dnia 4 października 2016 roku do gwarancji nr 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 roku, a jedynie mogła zostać złożona kopia tego aneksu, niniejszym składamy oryginał w/w dokumentu w oryginale. W celu potwierdzenia woli Gwaranta przedkładamy także oświadczenie Gwaranta w przedmiotowej sprawie.

W tym stanie rzeczy wnosimy o traktowanie złożonych dokumentów zgodnie z treścią przepisu art. 65 k.c. tak jak wymagają tego okoliczności, zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje.”

Do ww. pisma zostały dołączone dwa wyjaśnienia wystawione w dniu 4 października 2016 r. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., omówione w cytowanym wyżej piśmie odwołującego z dnia 7 października 2016 r., z datą złożenia dnia 10 października 2016 r. jednocześnie uzupełniony aneks nr 4 do przedmiotowej gwarancji w punkcie 3 i 4 ma następującą treść:

3. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, jeżeli wystąpiła jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, w tym:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

4. Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 14 dni od daty doręczenia Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji oryginału wezwania do zapłaty zawierającego (...) oświadczenie wskazujące okoliczność, spośród wymienionych w ust. 3, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta.

W powiadomieniu z dnia 20 października 2016 r. zamawiający podał następujące uzasadnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Złożona wraz z ofertą odwołującego gwarancja wadialna, wystawiona na zlecenie "INTOP WARSZAWA" Sp. z o.o. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, gdyż nie wymienia w swej treści wszystkich okoliczności zatrzymania wadium określonych ustawą Pzp, tj.:

- 1. możliwości zatrzymania wadium w przypadku gdy wykonawca po wezwaniu do

uzupełnienia dokumentów, trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełni 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, i gdy

2. wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności wykluczenia go z postępowania - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BUDIMEX S.A. - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie. Gdyby odwołujący nie został wykluczony z postępowania jego oferta byłaby najkorzystniejsza w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria.

Bezsporną okoliczność stanowiło, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 28 października 2015 r., a termin składania ofert został wyznaczony do dnia 5 października 2016 r., zatem zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu opublikowanym w tj. w Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium, wskazują jedynie formy jego wnoszenia. Przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. W zamówieniach sektorowych zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium (art. 138c ust. 1 pkt 3 Pzp). O obowiązku wniesienia wadium zamawiający informuje w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp).

W odniesieniu do wadium przepisy art. 45 i 46 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania zawierają następujące regulacje.

Art. 45 ust. 1 Pzp. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienie jest równa, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ust. 3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Ust. 6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) w pieniądzu;
- 2) w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- 3) gwarancjach bankowych;

4) gwarancjach ubezpieczeniowych;

5) poręczeniach udzielonych 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. z 2007 r. Nr 42 z późn. zm.).

Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przewiduje, że 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 ustawy Pzp, 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.

Dalsze przesłanki zatrzymania wadium określa art. 46 ust. 5 ustawy Pzp stanowiący, że 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.

Należało zauważyć, że regulacja art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”* została wprowadzona do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058).

Przytaczane wyżej brzmienie omawianego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania zostało nadane ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014, poz. 1232).

Zamawiający w zgodności z cytowanymi regulacjami ustawowymi w postanowieniach SIWZ -IDW danego przetargu postanowił, jak niżej:

pkt 9.5 „W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie”

ppkt 9.6 „Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa): nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer) i nazwa postępowania, termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 14.1 IDW”

ppkt 9.9 „Zamawiający zwróci wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem pkt 9.10 IDW oraz treści art. 46 ust. 4a Ustawy”

9.12 zamawiający wskazał: „Okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.”

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający w sposób ogólny powołał się na „Ustawę”, gdyż w punkcie 1.3. SIWZ - IDW sprecyzował, że użyte w SIWZ terminy mają następujące znaczenie: „Ustawa” - ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).,

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 28 października 2015 r. i zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) mają do niego zastosowanie przepisy dotychczasowe. Tym samym, zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w procedurze określonej przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) i zobowiązany był do oceny ofert wykonawców w oparciu o wiążące go regulacje ustawy Pzp. Przepisy art. 46 ustawy Pzp mają charakter imperatywny także wobec wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego, i nie są dopuszczalne odstępstwa od ich stosowania. Celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak też dalszym jego rozszerzeniem w kolejnej nowelizacji, było zapobieganie znikom przetargowym wykonawców - poprzez zaniechanie uzupełnienia wymaganych dokumentów, tylko po to, aby zostać wykluczonym z postępowania, i ustąpić pola dla wyboru oznaczonej oferty mniej korzystnej (droższej), a zatem omawiane regulacje mają realizować postulaty równego traktowania wykonawców i uczciwej między nimi konkurencji, w myśl zasad określonych w art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Izba w pełni podziela poglądy zamawiającego i przystępującego, że wadium powinno spełniać swoją zasadniczą funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich enumeratywnie wskazanych przypadkach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, dla zapewnienia i zabezpieczenia uprawnień zamawiającego, pod groźbą zatrzymania wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisach sytuacji.

Gwarancja wadialna ustanawia zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne, niezależne od stosunku podstawowego, które ma być realizowane zgodnie z jego dosłowną treścią. Zabezpieczenie rezultatu, czyli otrzymania kwoty wadium, stanowi kluczowy sens gwarancji i następuje poprzez wskazanie dokładnych okoliczności umieszczonych w samej treści gwarancji wadialnej uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a w tym przypadku do wystąpienia do gwaranta o zapłatę sumy wadialnej. Treść zobowiązania do zapłaty wadium (określenie okoliczności, i warunków w których to nastąpi) musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu gwarancji wadialnej, lub przywołania prawidłowej podstawy prawnej dla okoliczności skutkujących przypadkiem wadium. Jakikolwiek odstępstwa od przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp są niedopuszczalne. Wadium wniesione w formach niepieniężnych, do których należy ubezpieczeniowa gwarancja wadialna powinno zawierać zobowiązanie gwaranta do bezwarunkowej, na każde żądanie zgłoszone przez zamawiającego, w terminie związania ofertą - wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy. Przy czym za wniesienie prawidłowego wadium uważa się obejmujące pełną wymaganą kwotę. W tym przetargu obowiązywała kwota 5 100 00 PLN i okoliczność, że dwie pozostałe gwarancje na kwotę 3 400 000,00 PLN były prawidłowe, nie miała znaczenia. Brak wniesienia wadium, lub wadium wniesionego w jednej z form, o których mowa w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp lub niezawierającego zobowiązań, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, (oraz odpowiednio w pkt 9.12 SIWZ), musiał skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem ma charakter bezwzględnie obowiązujący i obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jednocześnie należało wskazać, że mimo tego, iż przetarg prowadzony jest w procedurze ograniczonej - dwustopniowej, to art. 46 ust. 4a ustawy Pzp może znaleźć pełny praktyczny wymiar, gdyż zamawiający jest uprawniony aż do momentu zawarcia umowy, korygować swoje wadliwie powzięte czynności, w tym może wykluczyć z postępowania wykonawcę, w odniesieniu do którego ujawnił ziszczenie się przesłanek wykluczenia dopiero po zaproszeniu do składania ofert. Ponadto, sytuacja związana z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczy także dokumentów przedmiotowych, a odmowa wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - odnosi się do fazy przetargu związanej z oceną oferty.

Wystawienie ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest czynnością w ramach działalności ubezpieczeniowej wykonywanej przez ubezpieczyciela (gwaranta) na zlecenie przedsiębiorcy zamierzającego ubiegać się o zamówienie publiczne. Treść gwarancji wadialnej powinna być każdorazowo dostosowana do aktualnych wymagań prawnych z nią związanych, które znajdują odzwierciedlenie w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie został przez zamawiającego zakwestionowany charakter zobowiązania gwaranta Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., według gwarancji wystawionej na zlecenie INTOP WARSZAWA Sp. z o.o., tj. jako gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie. Zamawiający zakwestionował, że gwarancja nie obejmuje wszystkich okoliczności zatrzymania wadium określonych ustawą Pzp, tj. nie obejmuje wszystkich przypadków określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z tego względu jakiegokolwiek uzupełnienie aneksu nr 4 do gwarancji wadialnej wystawionej przez ERGO HESTIA S.A. przez odwołującego przy piśmie z dnia 7 października 2016 r., złożonym w dniu 10 października 2016 r. nie mogło odnieść zamierzonego skutku. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje uzupełniania wadium po upływie terminu składania ofert, ani nie uprawnia wykonawców do składania po tym terminie poprawionych dokumentów np. gwarancji bankowych, czy ubezpieczeniowych, gdyż nie stanowią one dokumentów przedmiotowych, lub podmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem w przypadku, gdy zawierają braki nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie było wiarygodne twierdzenie odwołującego - o wystawieniu w dacie 4 października 2016 r. aneksu do gwarancji wadialnej nr 280000119182 z dnia 25 sierpnia 2016 r. Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. Gdyby odwołujący tym aneksem dysponował we wskazanej dacie, byłby go zamieścił w dokumentach oferty - przed upływem terminu składania ofert.

Najbardziej istotną kwestią jest możliwość skorzystania przez zamawiającego, jako beneficjenta gwarancji wadialnej z uprawnienia do zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp, z tych też względów prawidłowe jest ich wymienienie w samej treści dokumentu, lub przynajmniej precyzyjne powołanie się na konkretne przepisy aktualnego aktu prawnego, o tym stanowiące.

Omawiana gwarancja załączona do oferty wymienia enumeratywnie przesłanki zatrzymania wadium nią objęte, i powołuje się na treść zgodną z ustawą z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych opublikowanej w Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. Nie ulega żadnej wątpliwości, że przepisy ustawy Pzp w dacie publikacji w Dz. U. z 2007 r. nie obejmowały art. 46 ust. 4a, który został wprowadzony nowelizacją ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 r., nie mówiąc o aktualnym brzmieniu tego przepisu, nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r.

Zobowiązanie Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. z ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wobec beneficjenta tej gwarancji, jakim jest zamawiający, ogranicza się ściśle do warunków określonych w treści samego dokumentu. Gwarant nie jest uprawniony do weryfikowania ziszczenia się przesłanek wystąpienia o zapłatę sumy gwarancyjnej ze stosunku podstawowego łączącego zamawiającego z wykonawcą, który wniósł wadium w tej formie. Z tych też względów powoływanie się przez odwołującego, na „*zamiar*” gwaranta - nadania wystawionej gwarancji treści zgodnej z aktualnym na moment wszczęcia postępowania brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp - nie znajduje usprawiedliwionych racji w ogólności, ani też nie może być wywodzony z dyspozycji art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, stanowiącej, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało. Przepis art. 14 ustawy Pzp mówi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera własne regulacje dotyczące wnoszenia i zatrzymywania wadium w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Okoliczność, że Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. podało podstawę prawną, i wymieniło przypadki nie obejmującą pełnej i aktualnej na moment wszczęcia postępowania dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, została przez ubezpieczyciela przyznana wprost w jego wyjaśnieniu z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że wykonawców, jako profesjonalistów uczestniczących w obrocie gospodarczym, obowiązują podwyższone normy staranności, zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp i sprawdzenie prawidłowości wszelkich dokumentów - mogących wywoływać skutki prawne - pochodzących od instytucji i podmiotów trzecich, którymi posługuje się wykonawca, jeszcze przed ich umieszczeniem w zbiorze oferty. Ubezpieczeniowa gwarancja wadialna wystawiana jest odpłatnie na zlecenie wykonawcy w zakresie przez niego zamówionym, i to obowiązkiem wykonawcy było pilnowanie, aby była ona odpowiednia do celów, dla których została wystawiona.

Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. wyraźnie wskazało, że: pkt 3. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, jeżeli:

- 4) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą” nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie;

5) 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.

Zgodnie natomiast z punktem 4 gwarancji złożonej do oferty wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 21 dni od daty doręczenia Gwarantowi w terminie ważności gwarancji oryginału wezwania do zapłaty zawierającego (...) oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 3, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta. Tym samym, ubezpieczyciel ograniczył swoją odpowiedzialność, do przypadków wprost wymienionych w gwarancji, które nie odpowiadają pełnej treści przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Gwarant w swoich pismach wyjaśniających, datowanych na 4 października 2016 r. przyznał, że przy wystawieniu gwarancji popełnił omyłkę, którą próbował naprawić aneksem nr 4. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zezwala wyłącznie na prostowanie omyłek w ofertach wykonawców, i to przez samego zamawiającego, nie dotyczy to natomiast przedkładanych gwarancji wadialnych. Ubezpieczyciel dodatkowym aneksem nr 4 do udzielonej gwarancji, zmienił jej zakres, a więc zmienił swoje pierwotne oświadczenie woli, a nie poprzestał jedynie na dokonaniu jego wykładni.

W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że gwarancja wadialna, wystawiona na zlecenie INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. z dnia 26 sierpnia 2016 r. nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, gdyż nie wymienia w swej treści wszystkich okoliczności zatrzymania wadium określonych ustawą Pzp, tj.:

- 1) możliwości zatrzymania wadium w przypadku gdy wykonawca po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełni 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, i jeżeli
- 2) wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ogólności dyspozycja przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma charakter

hipotetyczny, ponieważ przesłanki zatrzymania wadium mogą nie zaistnieć, co nie zwalnia wykonawcy od złożenia gwarancji wadialnej obejmującej wszystkie ustawowe przypadki zatrzymania wadium, i to bez dodatkowych nieprzewidzianych w tej normie ograniczeń. Gdyby w praktyce wystąpiła sytuacja zobowiązująca zamawiającego do zatrzymania wadium odwołującego w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający nie byłby uprawniony do złożenia pisemnego „zapewnienia” wobec ubezpieczyciela, że zaszły ww. przesłanki wystąpienia przez zamawiającego z żądaniem sumy gwarancyjnej - zgodnie z warunkami określonymi w udzielonej gwarancji. Suma gwarancyjna 5 100 000 PLN stanowi znaczną wartość majątkową i zamawiający nie może bazować na dokumencie nieprawidłowym, który mógłby go narażać na zbędne spory - w przypadku jego uwzględnienia, nawet skutkujące pozbawieniem możliwości zatrzymania wadium, zatem wymóg, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie ma jedynie charakteru formalnego.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zasadności stawianych zarzutów naruszenia przez zamawiającego Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015r. poz. 2164), tj.:

1. art. 7 ust. 1,
 2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, oraz
 3. art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, oraz
- postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ- Instrukcja dla wykonawców), tj. pkt 9 IDW, w szczególności ppkt 9.5, 9.6, 9.9 i 9.12.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 b) i 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).

Przewodniczący:

.....