

WYROK
z dnia 30 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2023 r. przez wykonawcę **A.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą FHU ITC A.J., Baruchowo 8A, 87-821 Baruchowo,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia, 16-050 Żednia 5,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego A.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FHU ITC A.J., Baruchowo 8A, 87-821 Baruchowo, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego A.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FHU ITC A.J., Baruchowo 8A, 87-821 Baruchowo, na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia, 16-050 Żednia 5, kwotę 4 215 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście piętnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia, 16-050 Żednia 5, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbudowa zbiornika wodnego Świnobród przy zapewnieniu ciągłości ekologicznej cieką na terenie Nadleśnictwa Żednia realizowana w ramach projektu: Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach nizinnych”, numer referencyjny: SA.270.15.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.01.2023 r., nr 2023/S 021-058154.

Pismem z dnia 13.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy A.J. i J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FHU ITC A.J., Baruchowo 8A, 87-821 Baruchowo (dalej: „odwołujący”).

W dniu 16.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zabezpieczonej wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy, ponieważ: (1) oferta odwołującego była zabezpieczona wadium wniesionym w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnej z wszystkimi wymogami zamawiającego zawartymi w SWZ, (2) gwarancja ubezpieczeniowa zawierała oczywistą omyłkę pisarską w numerze ustępu w zapisie odwołującym się do ustawy Pzp, (3) odwołujący złożył w dniu 03.03.2023 r. wyjaśnienia w tym zakresie, załączając do nich oświadczenie ubezpieczyciela o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej, (4) gwarancja wadium złożona przez odwołującego w pełni zabezpieczała interesy zamawiającego,
- 2) art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia oferty odwołującego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Kilka dni po otwarciu ofert przedstawiciel Zamawiającego w rozmowie telefonicznej poinformował Odwołującego, że zamierza odrzucić jego ofertę z uwagi na nieprawidłowe zapisy w ubezpieczeniowej gwarancji wadium złożonej przez Odwołującego. Warunki, jakie powinna spełniać gwarancja ubezpieczeniowa, zostały określone przez Zamawiającego na str. 30 SWZ:

- 1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,
- 2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem – określenie przedmiotu zamówienia,
- 3) kwotę gwarancji/poręczenia,
- 4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

Zamawiający poinformował Odwołującego telefonicznie, że jego gwarancja nie spełnia wymogów w zakresie pkt 4 wyżej, gdyż wskazuje na przesłanki wypłaty kwoty określonej w gwarancji wymienione w art. 98 ust. 5 Pzp, a nie – jak powinno być prawidłowo – art. 98 ust. 6 Pzp.

W reakcji na te informacje przekazane przez Zamawiającego Odwołujący w dniu 3.03.2023 r. niezwłocznie skontaktował się z ubezpieczycielem, który pisemnie sprostował numer ustępu wskazany w gwarancji, uznając go za omyłkę pisarską (vide: pismo z dnia 3.03.2023 r.) Odwołujący przesłał to sprostowanie Zamawiającemu wraz ze swoim stanowiskiem w sprawie (vide: pismo z dnia 3.03.2023 r.), w którym wskazał m.in., że:

- 1) gwarancja ubezpieczeniowa wadium nr 903013998106 złożona przez Odwołującego wprost i prawidłowo wskazywała, jakiego postępowania dotyczy, kto jest jej beneficjentem, na czyje zlecenie została wystawiona i jaką kwotę zabezpiecza. Gwarancja jednoznacznie określała również, że zabezpiecza zwrot wadium w sytuacji, gdyby na mocy przepisów prawa Zamawiający był uprawniony do jego zatrzymania;
- 2) W gwarancji jedynie omyłkowo ubezpieczyciel wskazał na art. 98 ust. 5 Pzp, który miał zawierać katalog podstaw faktycznych, w których beneficjent gwarancji mógł wystąpić o wypłatę wadium. W rzeczywistości powinien być tam wskazany art. 98 ust. 6 Pzp, co można uznać za zwykłą omyłkę pisarską, nie mającą żadnego wpływu na ważność gwarancji i zabezpieczenie interesów Zamawiającego – co oświadczył pisemnie sam ubezpieczyciel;
- 3) Przy wykładni oświadczenia woli należy – poza kontekstem językowym – brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.), na co wielokrotnie w ostatnich latach wskazywała Izba;
- 4) Formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Prawa zamówień publicznych. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy, jakim jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę i spełnia wymogi określone przepisami.

(...) Zamiast tego w dniu 13.03.2023 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 pzp. (...)

Zamawiający w ogóle nie odniósł się do przesłanego przez Odwołującego pisma zawierającego sprostowanie przez ubezpieczyciela omyłki pisarskiej oraz nie wyjaśnił swojego stanowiska w kontekście bogatego orzecznictwa KIO, wskazującego na konieczność badania dokumentu gwarancji jako całościowego oświadczenia woli gwaranta, z uwzględnieniem reguł wskazanych w art. 65 kc.

(...) Dla Odwołującego (który dostrzegł błąd w gwarancji po przekazaniu tej informacji telefonicznie przez Zamawiającego), oczywistym było, że wskazanie ust. 5 zamiast 6 stanowiło zwykłą omyłkę pisarską, szczególnie że wszystkie pozostałe elementy gwarancji odpowiadały wymogom Zamawiającego, (...)

W treści gwarancji nie zostały literalnie wyszczególnione okoliczności, które uprawniają do żądania wypłaty z gwarancji (nie wymagał tego Zamawiający), a ubezpieczyciel odwołał się do ustawy Pzp, która zawiera ich katalog. Jedynym przepisem ustawy Pzp, który wymienia te okoliczności, jest art. 98 ust. 6 Pzp, zatem wskazanie innego przepisu (ustępu) musiało być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, która nie ma wpływu na ważność gwarancji. (...) W omawianym przypadku analiza treści złożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej – z uwzględnieniem reguł zawartych w art. 65 kc – prowadzi do oczywistego wniosku, że gwarancja ta została wystawiona w celu zabezpieczenia zapłaty wadium w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i uprawniała do wystąpienia z żądaniem zapłaty w sytuacjach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2019 roku, na którą wprost się ubezpieczyciel powołał. Oczywistym jest, że jedynym przepisem tej ustawy, który zawiera katalog przesłanek uprawniających do żądania wypłaty wadium, jest art. 98 ust. 6, zatem nie ma tu jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu zabezpieczenia tą gwarancją.

Tym samym analiza celowościowa i funkcjonalna przedłożonego dokumentu gwarancji prowadzi do jednoznacznego wniosku, że art. 98 ust. 5 został w niej wskazany omyłkowo (co zresztą potwierdził sam ubezpieczyciel w dniu 3.03.2023 r.), a błąd ten nie powinien skutkować uznaniem, że gwarancja została złożona w sposób nieprawidłowy i że nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Nielogicznym i bezcelowym byłoby bowiem wydanie przez ubezpieczyciela gwarancji zabezpieczającej zapłatę wadium, która odsyła do przepisu zawierającego uregulowanie innej instytucji prawnej. W takiej sytuacji Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tłumaczyć oświadczenie woli tak, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stosując te reguły wykładni Zamawiający doszedłby do oczywistego wniosku, że zamiarem zarówno Odwołującego, jak i ubezpieczyciela było zabezpieczenie zapłaty wadium w każdej sytuacji określonej w art. 98 ust. 6 Pzp, a cyfra „5” została wskazana w dokumencie gwarancji jedynie na skutek omyłki. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert i wybrania oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 28.03.2023 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbudowa zbiornika wodnego Świnobród przy zapewnieniu ciągłości ekologicznej cieku na terenie Nadleśnictwa Żednia realizowana w ramach projektu „Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu - mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach nizinnych”.

W pkt 11 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wskazał m.in. następujące wymagania dotyczące wadium:

11.1. Zamawiający wymaga wniesienia wadium w wysokości: 115 000,00 zł (słownie: sto piętnaście tysięcy 00/100 złotych). Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 PZP.

11.2. Wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu,
- 2) gwarancjach bankowych,
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 4) 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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 299 z późn. zm.).

11.4. Z treści wadium wnoszonego w formie: gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub 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 powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

11.6. Treść wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 11.2. ppkt 2) - 4) SWZ musi zawierać następujące elementy:

- 1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,
- 2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem określenie przedmiotu zamówienia,
- 3) kwotę gwarancji/poręczenia,
- 4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

Odwołujący złożył ofertę wraz z wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której wskazano m.in.:

„Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych”.

W dniu 03.03.2023 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym stwierdził, że wskazanie w treści gwarancji wadialnej art. 98 ust. 5 ustawy Pzp stanowiło omyłkę, która nie ma wpływu na ważność wadium i dołączył oświadczenie Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o treści:

(...) gwarancja ubezpieczeniowa wadium nr (...) wystawiona na zlecenie podmiotu FIRMA HANDLOWO USŁUGOWA ITC - A.J. (...) w pełni zabezpieczają interesy Beneficjenta tj. SKARBU PAŃSTWA-PAŃSTWOWE GOSPODARSTWO LEŚNE LASY PAŃSTWOWE NADLEŚNICTWO ŻEDNIA.

Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. prostuje oczywistą omyłkę pisarską w tym dokumencie w przywołanym artykule ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Prawidłowy zapis artykułu - artykuł 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, zgodnie z zapisami gwarancji ubezpieczeniowej (...) podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości 115 000,00 zł (słownie: sto piętnaście tysięcy złotych) po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania,

podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W/w gwarancja ubezpieczeniowa obowiązuje od dnia 27.02.2023 r. do dnia 26.06.2023 r. włącznie (okres ważności gwarancji), gwarancja widnieje w systemach informatycznych STU ERGO Hestia S.A. oraz została podpisana przez umocowanego Przedstawiciela STU ERGO Hestia S.A.”

Pismem z dnia 13.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której gwarant nie wskazał okoliczności umożliwiających Zamawiającemu żądanie wypłacenia mu kwoty wadium. Przepis art. 98 ust 5 ustawy Pzp zapisany w treści gwarancji wadialnej takich okoliczności nie wskazuje. W tym przypadku dokument wadialny jest wadliwy i nie podlega uzupełnieniu. Jak podkreśla się w doktrynie „Do nieprawidłowych zapisów gwarancji należy zaliczyć przede wszystkim takie, które powodują, że zamawiający nie może w całości lub części zaspokoić się z gwarancji. Gwarancja wadialna, niezawierająca literalnie okoliczności, w których kwota gwarancyjna zostanie wypłacona tożsamy z przesłankami zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp, będzie uznana za nieprawidłową.” H. Nowak, M. Winiarz (red.), "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Warszawa 2021. Brak wskazania, w treści gwarancji wadialnej, okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 Pzp, jako podstawy dokonania zapłaty kwoty wadium może stanowić przyczynę do uchylenia się gwaranta od obowiązku zapłacenia kwoty wadialnej, co narusza zasadę nieodwołalności wadium, zatem należy traktować taką gwarancję jako wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, skutkujący odrzuceniem oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 98 ust. 5 i 6 ustawy Pzp:

5. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało 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;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W przedmiotowej sprawie odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której gwarant wskazał okoliczności skutkujące wypłatą kwoty gwarantowanej poprzez przywołanie przepisu – art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, podczas gdy zostały one określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego z wykładni treści gwarancji dokonanej zgodnie z art. 65 § 1 kc wynika, że doszło do oczywistej omyłki, a wniesione w ten sposób wadium w sposób należyty zabezpiecza jego ofertę.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, co wynika też z orzecznictwa Izby, że wadium musi zabezpieczać ofertę na wypadek zaistnienia przesłanek jego zatrzymania wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, przy czym wadium wniesione w formie gwarancji musi dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Wadium nie jest przy tym ani ofertą ani podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym, zatem nie mają do niego zastosowania takie przepisy jak: art. 107, art. 128, czy art. 223 ustawy Pzp, co oznacza, że dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu, poprawieniu czy wyjaśnieniu. Należy także zwrócić uwagę, że o ile w ramach kolejnych nowelizacji ustawy Pzp z 2004 r., jak też w ustawie Pzp z 2019 r., stopniowo rozszerzano możliwości uzupełniania, wyjaśniania, czy poprawiania oferty i dokumentów składanych wraz z ofertą, o tyle nigdy możliwość taka nie została dopuszczona w stosunku do wadium, co dowodzi restrykcyjnego podejścia ustawodawcy do dokumentu gwarancji wadialnej. Tym samym już w chwili otwarcia ofert zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości, natomiast wykładnia samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, ale powinna być dokonywana ściśle (tak m.in. wyrok KIO 2179/16 z dnia 30.11.2016 r.). Analogiczne stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 24.11.2020 r. sygn. akt KIO 2914/20, w którym stwierdzono: *„Przepisy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. (...) Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego prawidłowość wniesionego wadium. Jak wynika z powyższego, wymagania w zakresie wadium w tym także wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź są bardzo restrykcyjne i muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym pewność co do wypłaty wadium w określonych ustawą przypadkach powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Powyższe oznacza także, że wykładnia liberalna czy rozszerzająca zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna, a możliwość uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert skutkowałaby naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”*.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że nie jest dopuszczalne uzupełnianie, wyjaśnianie lub poprawianie gwarancji wadialnej, a jej treść już w chwili otwarcia ofert musi dawać zamawiającemu gwarancję zaspokojenia się w razie zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, w przedmiotowej sprawie należy ocenić treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego w dniu składania ofert wraz z ofertą. Treść tego bowiem dokumentu jest przesądzająca dla oceny, czy oferta odwołującego została właściwie zabezpieczona wadium.

W złożonej gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty gwarantowanej „o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 5 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych”. Przesłanki zatrzymania wadium zostały przez ustawodawcę określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp (dodatkowo wskazanym przez zamawiającego w pkt 11.4. i 11.6.4. SWZ), zatem bezsporne jest, że odniesienie się przez gwaranta do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp było wadliwe.

Treść gwarancji nie daje przy tym podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką. W szczególności w ww. gwarancji nie zostały przytoczone przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, co mogłoby pozwolić na uznanie, że mimo wskazania przez gwaranta art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zobowiązuje się on do wypłaty kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Również inne elementy, takie jak: właściwie wskazany zamawiający i wykonawca, nazwa postępowania, okres związania ofertą, czy kwota wadium, nie mogą dowodzić, że doszło do oczywistej omyłki, ponieważ dotyczą one zupełnie innych kwestii niż przesłanki zatrzymania wadium. Z kolei fakt, że wskazany w gwarancji art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie dotyczy przesłanek zatrzymania wadium, nie przesądza o omyłce, gdyż zwłaszcza w świetle braku wymienienia wprost przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, nie można wykluczyć, że poprzez takie działanie niektórzy ubezpieczyciele mogą dążyć do utrudnienia wypłaty wadium.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wadliwe powołanie się na art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie może być w niniejszej sprawie uznane za omyłkę, zwłaszcza zaś „oczywistą” i nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, że gwarant wypłaciłby kwotę wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że ocenie w tym zakresie podlega wyłącznie treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą, gdyż pewność co do zabezpieczenia oferty wadium zamawiający musi mieć już od chwili otwarcia ofert. Tym samym wykładnia treści gwarancji nie może zależeć od oświadczenia gwaranta złożonego w czasie późniejszym (tym bardziej, że nie w każdej sytuacji wadliwość gwarancji zostanie dostrzeżona przez strony przed ewentualnym wystąpieniem przez zamawiającego do gwaranta o wypłatę wadium).

Dodatkowo należy zauważyć, że o wadliwości gwarancji przesądza już samo wynikające z niej ryzyko braku możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie zaś ocena treści gwarancji złożonej przez odwołującego wraz z ofertą niewątpliwie prowadzi do wniosku, że gwarancja ta poprzez odwołanie się do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp stwarzała co najmniej ryzyko odmowy wypłaty wadium przez gwaranta.

Z powyższego wynika, że nawet wykładnia dokonywana zgodnie z art. 65 § 1 kc nie pozwala na uznanie, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez odwołującego, w dniu otwarcia ofert zabezpieczała jego ofertę i dawała zamawiającemu pewność wypłaty wadium w razie ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Nie zachodzą bowiem okoliczności, które uzasadniałyby taką wykładnię w świetle zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

Warto w tym miejscu ponownie przywołać wyrok Izby z dnia 30.11.2016 r. sygn. akt KIO 2179/16, w którym stwierdzono: „*W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów [podkreślenie własne], czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium.*

Co do możliwości dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść złożonej gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, co zresztą Odwołujący sam przyznawał. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł”.

W przedmiotowej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą również była jasna, bowiem jednoznacznie odwoływała się do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, co pozbawiało zamawiającego możliwości wypłaty wadium w przypadkach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp lub co najmniej stwarzało ryzyko w tym zakresie. Zatem wykładnia dokonana zgodnie z art. 65 § 1 kc nie daje podstaw do przyjęcia, że ww. gwarancja od dnia otwarcia ofert dawała zamawiającemu pewność zaspokojenia się na wypadek ziszczenia się ustawowych przesłanek zatrzymania wadium. Jak wskazano w ww. wyroku KIO, wykładnia treści gwarancji nie może służyć uzupełnianiu jej o elementy, których

gwarant w niej nie zawarł, co oznacza, że w tym wypadku wykładnia ta nie może prowadzić do uzupełnienia gwarancji o oświadczenie o popełnieniu oczywistej omyłki pisarskiej i o zapewnienie, że wypłata kwoty wadium nastąpi w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Dodatkowo wobec obowiązku stosowania restrykcyjnych reguł w stosunku do instytucji wadium, dokonanie takiej wykładni stanowiłoby naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zwłaszcza że - w przeciwieństwie do odwołującego – pozostali wykonawcy dołożyli należytej staranności w dopilnowaniu, aby wniesione przez nich wadium było prawidłowe.

Od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się działania ze starannością wymaganą od profesjonalisty, co oznacza m.in., że w przypadku składania wraz z ofertą dokumentu sporządzonego przez podmiot trzeci, w tym przypadku przez wystawcę gwarancji, wykonawca winien zadbać o to, aby dokument ten odpowiadał wymogom postawionym przez zamawiającego. Samo ewentualne przekazanie specyfikacji warunków zamówienia do wystawcy gwarancji bez zweryfikowania przed złożeniem oferty, czy zastosował się on do wymogów w niej postawionych, nie wypełnia wymogów działania z należytą starannością.

Dlatego też Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp było zasadne i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała dowody złożone przez odwołującego w postaci korespondencji mailowej z ubezpieczycielem w sprawie wystawienia gwarancji za nieprzydatne, ponieważ ich treść nie wpływa na te wyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne, które są przesądzające dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz zamawiającego składa się: 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 615 zł tytułem dojazdu na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....