

WYROK

z dnia 19 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 grudnia 2022 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. (ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Świebodzin (ul. Rynkowa 2, 66-200 Świebodzin)**

przy udziale Wykonawcy **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gminę Świebodzin (ul. Rynkowa 2, 66-200 Świebodzin)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. (ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kwotę **803 zł 48 gr** (osiemset trzy złote czterdzieści osiem groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę (w obie strony), kwotę **445 zł 50 gr** (czteryście czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów noclegu pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Gminy Świebodzin (ul. Rynkowa 2, 66-200 Świebodzin)** na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. (ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie)** kwotę **14848 zł 98 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemset czterdzieści osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę (w obie strony), kosztów noclegu pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (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 Gmina Świebodzin prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Budowa południowo - zachodniej obwodnicy miasta Świebodzin - odcinek I, w ramach zadania pn. „Budowa południowo - zachodniej obwodnicy miasta Świebodzin”.

Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się 3 listopada 2022r. pod numerem 2022/BZP 00422068/01.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” sp. z o. o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 KC, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, zawierający błędne słowne oznaczenie kwoty gwarancji wadialnej, a tym samym nieprawidłowo zabezpieczające interesy Zamawiającego, w sytuacji gdy wadium zostało wniesione w sposób ważny i skuteczny oraz zabezpieczający w sposób należyty interesy ekonomiczne Zamawiającego w formie gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę 250 000,00 zł, co skutkowało pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego w sytuacji, gdy oferta przez niego złożona - w świetle kryteriów oceny ofert, które zostały przewidziane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego - była ofertą najkorzystniejszą;

- art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu jako najkorzystniejsza, nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie wyrokiem Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w treści SWZ przewidział obowiązek złożenia przez Wykonawców wadium w wysokości kwoty 250.000,00 zł. Stosownie do postanowień rozdziału XIII pkt 2 ppkt 3) SWZ, wadium mogło zostać wniesione również w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jak zostało to

uczynione przez Odwołującego. Treść gwarancji wadialnej zgodnie z wymogami zamieszczonymi w rozdziale XIII pkt 7 SWZ musiała zawierać następujące elementy:

- a) Nazwę dającego zlecenie udzielenia gwarancji lub poręczenia (Wykonawcy) beneficjenta gwarancji lub poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku, instytucji ubezpieczeniowej lub innego podmiotu udzielających gwarancji lub poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib;
- b) Określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją lub poręczeniem, w szczególności nazwę postępowania nadaną przez Zamawiającego;
- c) Kwotę gwarancji lub poręczenia
- d) Termin ważności gwarancji lub poręczenia, uwzględniający upływ terminu związania ofertą;
- e) Zobowiązania gwaranta do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające informacje dotyczące zatrzymania wadium zgodnie z art 98 ust. 6 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wadium w formie gwarancji elektronicznej lub poręczenia będzie uznane za skuteczne, jeżeli zostanie złożone w oryginalnej gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej podpisanym przez osobę upoważnioną do wystawienia gwarancji lub poręczenia wraz z ofertą za pośrednictwem Platformy zakupowej przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z rozdziałem XIII pkt 8 SWZ).

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000201038 z dnia 20.11.2022r. W treści gwarancji kwota zobowiązania Gwaranta wobec Gminy Świebodzin została określona cyframi 250 000,00 zł, kwota ta została zaznaczona drukiem pogrubionym. Natomiast słownie w nawiasie wpisano: „dwieście tysięcy złotych zero groszy”.

28 listopada 2022 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że: Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż w ocenie Zamawiającego istnieje rozbieżność, a w konsekwencji niejasność co do wysokości gwarantowanej kwoty, której to niejasności nie ma możliwości usunąć na podstawie art. 223 ustawy PZP, gdyż gwarancja ubezpieczeniowa jest oświadczeniem woli osoby trzeciej, a więc w tym zakresie nie ma możliwości dokonywania jakichkolwiek wyjaśnień przez samego Wykonawcę. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z Rozdziałem XIII SWZ wykonawcy zobowiązani byli „do wniesienia wadium w wysokości 250 000,00 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100)” natomiast w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej kwota cyfrowo została zapisana jako „250 000,00 zł” natomiast znajdująca się w nawiasie kwota zapisana słownie brzmi: „dwieście tysięcy złotych zero groszy”. Tym samym istnieje rozbieżność w zapisach gwarancji co do wysokości kwoty, na którą gwarancja została udzielona. Mając na uwadze powyższe Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

Jednocześnie oferty pozostałych dwóch Wykonawców przekraczały kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: 23 241 478,59 zł brutto, a tym samym w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 PZP z uwagi na fakt, iż cena kolejnej najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości ze strony Zamawiającego do zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli Wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwalnie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Odwołującego została złożona w oryginale i opatrzona kwalifikowanym podpisem Gwaranta. Spełnia pozostałe przewidziane zarówno przepisami prawa, jak i postanowieniami SWZ, wymagania.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż nieprawidłowość we wniesieniu wadium polega na „rozbieżności, a w konsekwencji niejasności co do wysokości gwarantowanej kwoty, której to niejasności nie ma możliwości usunąć na podstawie art. 223 ustawy Pzp (...)”.

Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, że Odwołujący wniósł wadium w nieprawidłowej kwocie, ani też nie wskazał, iż nie ma możliwości zaspokojenia się z kwoty gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 250.000 zł, a jedynie wyraził wątpliwość co do treści gwarancji. Należy wskazać, że okoliczności w postaci wątpliwości Zamawiającego nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty na podstawie przepisów prawa, a wręcz stanowią podstawę do dokonania wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający pominął art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przytoczony artykuł zezwala na wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, a więc dokument gwarancji wadialnej również może podlegać wyjaśnieniu. Bez znaczenia pozostaje okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że dokument gwarancji został wystawiony przez podmiot trzeci. Jak

pokazuje przykład w niniejszym postępowaniu, Wykonawca zwrócił się do Gwaranta i uzyskał sprostowanie treści gwarancji.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową łączącą Gwaranta z Odwołującym, a zatem w przypadku interpretacji jej zapisów, zastosowanie znajdują ogólne zasady wykładni oświadczeń woli określone w art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, 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. Zgodnie z § 2 powyższego artykułu, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na ich dosłownym brzmieniu.

Zamawiający nie wykazał, iż zbadał złożoną gwarancję ubezpieczeniową pod kątem celu, w jakim zostało złożone oświadczenie woli. Kwota, na jaką została zawarta gwarancja, została cyfrowo wskazana w gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000201038, a ponadto kwota wskazana cyframi arabskimi została dodatkowo pogrubiona. Jak trafnie zauważył Odwołujący, pomiędzy kwotą wskazaną liczbą, a kwotą zapisaną słownie, nie istniały zupełne rozbieżności, a jedyna różnica polegała na omyłkowym pominięciu wyrazu „pięćdziesiąt”. Tym samym z łatwością dało się ustalić, iż prawdopodobnie przy słownym zapisie kwoty wadium, doszło do omyłkowego pominięcia słowa „pięćdziesiąt”.

Racjonalnym jest założenie, że celem Wykonawcy było skuteczne wniesienie zabezpieczenia w wymaganej przez Zamawiającego kwocie. Ofertę składa Wykonawca, któremu zależy na uzyskaniu zamówienia, a zatem również na prawidłowym złożeniu oferty. Trafnie również zauważył Odwołujący, że pozbawione rozsądnego uzasadnienia wydaje się, żeby gwarant świadomie udzielił gwarancji wadialnej na kwotę niższą, pomimo zlecenia wystawienia gwarancji na kwotę odpowiadającą wymogom SWZ.

Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie ubezpieczyciela z dnia 29.11.2022r. w sprawie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000201038. W treści oświadczenia Gwarant oświadczył, iż „w związku z błędnym wskazaniem kwoty słownie w WADIUM (gwarancja ubezpieczeniowa) nr 280000201038 z dnia 20.11.2022r. (...) prostuje oczywistą omyłkę pisarską w tym dokumencie w kwocie gwarancji podanej słownie. Prawidłowa kwota gwarancji podana słownie to: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy”.

Dokument ten potwierdza zatem, że doszło do omyłki pisarskiej oraz że prawidłowa kwota gwarancji słownie to dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy. Dokument ten potwierdza również, że od samego początku zamiarem stron było zabezpieczenie interesu

Zamawiającego kwotą w wysokości 250 000,00 zł, a zatem dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego było nieuzasadnione.

Dokument sprostowania oczywistej omyłki został załączony do odwołania, co oznacza, że Zamawiający nie dysponował tym dokumentem na chwilę badania i oceny ofert. W niniejszym postępowaniu odwoławczym dokument ten stanowi dowód, że w dokumencie gwarancji wadialnej doszło do popełnienia omyłki przy słownym zapisie kwoty i że Gwarant potwierdził, że zamiarem stron było zabezpieczenie interesu Zamawiającego kwotą w wysokości 250 000,00 zł, a nie 200 000,00 złotych.

Istotna jest okoliczność, że Zamawiający, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień, prawdopodobnie w ramach wyjaśnień uzyskałby sprostowanie wystawione przez Gwaranta.

Należy również zauważyć, że kwota 250 000 złotych widnieje również w umowie zawartej pomiędzy Gwarantem a Odwołującym - w pkt. III tej umowy „Informacje o gwarancji”, co potwierdza, że właśnie taka kwota stanowiła przedmiot zabezpieczenia, na jaki umówiły się strony. Umowa stanowi podstawę do wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej. Dokument ten potwierdza również, że kwota wskazana słownie była wyłącznie omyłką pisarską polegającą na niezapisaniu i pominięciu przez gwaranta słowa „pięćdziesiąt” przy słownym zapisie kwoty gwarancji i nie powodowała ona w konsekwencji zmniejszenia zabezpieczenia udzielonego na rzecz Zamawiającego.

Powyższe potwierdza, że Zamawiający pochopnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, bez wyjaśnienia dokumentu złożonego w postępowaniu. Wystarczyło, aby Zamawiający skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W tym przypadku nie było nawet konieczne, czego tak obawiał się Zamawiający, zwrócenie się do podmiotu trzeciego. Należy bowiem zakładać, że Odwołujący dysponował dokumentem umowy, który również mógłby udostępnić celem potwierdzenia zamiaru stron i usunięcia wątpliwości.

Należy również wskazać, że data zawarcia umowy została oznaczona tak, jak dokument gwarancji, tj. 20 listopada 2022 roku. Nawet niezależnie od daty wystawienia dokumentu, treść umowy jest dokumentem, który wskazuje, jaka kwota zabezpieczenia stanowiła przedmiot umowy. Bezpodstawne są zatem twierdzenia Przystępującego, że nie było możliwe dokonanie wykładni treści gwarancji również z wykorzystaniem treści dokumentu umowy/polisy.

Samo wystąpienie omyłki w treści gwarancji wadialnej nie powodowało nieważności dokumentu, ani nie oznaczało braku zabezpieczenia oferty wadium. Zamawiający miał możliwość dokonania wyjaśnień złożonego dokumentu.

Zamiarem stron było wniesienie zabezpieczenia w wysokości 250 000,00 zł, co wynikało z umowy o gwarancji ubezpieczeniowej, a także zostało potwierdzone przez Gwaranta w oświadczeniu z 29 listopada 2022 roku. Nie można zatem uznać, aby zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego.

Bezzasadny jest argument Przystępującego, zgodnie z którym: „przyjęcie poglądu o dopuszczalności uwzględnienia wyjaśnień Gwaranta złożonych po terminie składania ofert powodowałoby, że wykonawcy po terminie składania ofert i zapoznaniu się z cenami i okresami gwarancji ofert konkurencyjnych mogliby odstąpić od „sanowania” wadium, zależnie od własnej oceny swoich szans w uzyskaniu zamówienia.” Trudno uznać, aby Wykonawca miał możliwość przedstawić wadliwy dokument wadium, skoro dokument ten został wystawiony przez podmiot trzeci (w tym przypadku ubezpieczyciela), a nie przez Wykonawcę.

Odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający unieważnił postępowanie. Tymczasem oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Jak wskazał Odwołujący, jego oferta została złożona na kwotę 22.856.475,00 zł, a zatem nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 23.241.478,59 zł.

Zgodnie z artykułem 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Skoro oferta Odwołującego nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to brak było podstawy do unieważnienia postępowania.

W konsekwencji, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu jako najkorzystniejsza nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2a), 2b), 2d) §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego, koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę (w obie strony), koszty noclegu pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: