

**WYROK**

**z dnia 9 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Marek Koleśnikow**

**Beata Konik**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **7 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 czerwca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **F.B.I. TASBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Budowa dworca kolejowego Olsztyn Główny* (nr postępowania KFZ/2020/WNP-012168)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności w postępowaniu z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania**

oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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.**

## Uzasadnienie

Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa dworca kolejowego Olsztyn Główny* (nr postępowania KFZ/2020/WNP-012168).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 grudnia 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_252 pod poz. 634612.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 maja 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez F.B.I. TASBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

7 czerwca 2021 r. F.B.I. TASBUD S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Tasbud” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez odrzucenie oferty Tasbudu, pomimo że w sposób prawidłowy została ona zabezpieczona wadium.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Tasbudu.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Tasbudu.
3. Wyboru oferty Tasbudu jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Okoliczności faktyczne.

Odnosnie treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji, że w wyniku badania złożonej

przez Tasbud ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium stwierdził nieprawidłowe wystawienie tego dokumentu, które polega na tym, że jego treść nie odpowiada wymogom określonym w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp, przytoczonym również w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”}.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający przytoczył brzmienie postanowienia tej gwarancji, w którym zawarto odesłanie do art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych {dalej: „nowa ustawa pzp”, nowa ustawa Pzp, „nowe pzp”, nowe Pzp”, „npzp”, „nPzp”}, zwracając uwagę, że postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zmawiający stwierdził, że z porównania treści tej gwarancji i art. 46 ust. 4a pzp wynika, że:

- ...*gwarant warunkuje wypłatę należności z gwarancji w przypadku braku złożenia przez Wykonawcę nieprzewidzianych w ustawie Pzp przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 nowej ustawy Pzp, których nie można uznać jednoznacznie za „oświadczenia i dokumenty”, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.*
- ...*w przedłożonej przez Wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium brak jest mowy o wypłacie należności Beneficjentowi w przypadku niezpełnienia przez Wykonawcę pełnomocnictwa, które to jest enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp rozróżniają pojęcie „pełnomocnictwo” od „dokumentu”, czy „oświadczenia”, tym samym nie można uznać, że „pełnomocnictwo” jest tożsame z pojęciem „dokument” lub „oświadczenie”, o których mowa w ustawie, którą przywołano ww. gwarancji.*

Odnosnie treści dokumentu ustanawiającego wadium.

Zgodnie z brzmieniem § 1 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 727500103318 z dnia 21 maja 2021 r.: *Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości 1.200.000,- zł (milion dwieście tysięcy złotych), w związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest „Budowa dworca kolejowego Olsztyn Główny” nr KFZI2020/WNP-012168”.*

Zamawiający nie prowadzi żadnego innego postępowania, które miałoby ten sam przedmiot zamówienia i ten sam numer.

Odwołujący wraz ze wnioskiem o wystawienie gwarancji przekazał gwarantowi SIWZ obowiązującą w tym postępowaniu.

Według Odwołującego w tych okolicznościach z treści gwarancji wynika, że celem gwaranta było zabezpieczenie oferty Odwołującego w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli niezależnie od wskazania w treści gwarancji nowych przepisów pzp, gwarant miał na myśli podstawy do zatrzymania wadium istniejące w ramach właśnie tego konkretnego postępowania.

#### Okoliczności prawne

Zestawienie brzmienia art. 98 ust. 6 npzp z art. 46 ust. 4a i 5 pzp prowadzi do wniosku, że opisują one dokładnie te same okoliczności uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium. Przesłanki określone w art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 npzp w pełni odpowiadają przesłankom określonym w art. 46 ust. 5 pzp. Z kolei określone w art. 98 ust. 6 pkt 1 npzp przesłanki, pomimo posłużenia się inną terminologią oraz odesłaniami do przepisów npzp, odpowiadają merytorycznie przesłankom zatrzymania wadium określonym w art. 46 ust. 4a pzp.

Zgodnie z art. 7 pkt 17 npzp przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 npzp. Z kolei przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów ocen ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 npzp).

Z kolei art. 25 ust. 1 pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji (pkt 1), spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (pkt 2) oraz brak lub podstaw do wykluczenia (pkt 3) – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Porównanie zakresów sformułowania „przedmiotowe i podmiotowe środki dowodowe” oraz sformułowania „oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1” prowadzi do wniosku, że w przypadku obu tych regulacji chodzi dokładnie o ten sam zakres dokumentów lub oświadczeń i ten sam zakres okoliczności, które mają one potwierdzać. Innymi słowy pomimo odmiennej terminologii cel i zakres składanych oświadczeń lub dokumentów jest dokładnie taki sam.

Powyższe potwierdza również porównanie brzmienie przepisów obowiązującego na

gruncie ustawy pzp rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przepisów stanowiącego jego odpowiednik na gruncie ustawy nPzp przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy {dalej: „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”}, gdyż wymieniony w obu tych aktach prawnych katalog dokumentów i oświadczeń jest tożsamy.

Z kolei zawarte w treści art. 98 ust. 6 pkt 1 nPzp sformułowanie „innych dokumentów lub oświadczeń” stanowi *de facto* powtórzenie brzmienia § 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych [*rozporządzenie określa rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane*] i wiąże się z tym, że o ile każdy podmiotowy środek dowodowy jest oświadczeniem lub dokumentem, o tyle nie każdy dokument lub oświadczenie, jakich może żądać zamawiający, jest podmiotowym środkiem dowodowym.

W szczególności zgodnie z § 13 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z odpisu lub informacji z KRS, CEiDG lub innego właściwego rejestru, zamawiający może żądać od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.

Nieuznanie pełnomocnictwa za mieszczące się w tej kategorii „innych dokumentów lub oświadczeń” prowadziło do nieuprawnionego wniosku, że na gruncie przepisów npzp, z uwagi na niewymienienie wprost „pełnomocnictwa” w art. 98 ust. 6 pzp, zamawiający nie jest uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełni pełnomocnictwa.

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechał dokonania wykładni otrzymanej gwarancji wadialnej, poprzestając jedynie na literalnym odczytaniu jej treści i porównaniu brzmienia art. 98 ust. 6 npzp z art. 46 ust. 5 i ust. 4a pzp, bez uwzględnienia celu, okoliczności i skutków oświadczenia woli, co w konsekwencji doprowadziło do podjęcia błędnej decyzji.

W odpowiedzi na odwołanie z 27 maja 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności wskazując na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Okoliczności faktyczne odnośnie przebiegu prowadzonego postępowania.

28.12.2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa dworca kolejowego Olsztyn Główny”, pod nr postępowania KFZ/2020/WNP-012168, którego wartość szacunkowa przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W rozdziale XIV ust. 2 i ust. 7 pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”} Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, wskazując m. in., co następuje:

*2. Wadium musi być skutecznie wniesione przed upływem terminu do składania ofert.*

(...)

*7. W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji (...), zaleca się aby dokument gwarancji zawierał między innymi następujące elementy:*

(...)

*5) zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia kwoty gwarancji, na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.*

Jednocześnie w rozdziale XIV ust. 13 pkt 1 i 2 SIWZ Zamawiający określił, co następuje:

*13. Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, zatrzymuje wadium wraz z odsetkami jeżeli:*

*1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, 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,*

*c) zawarcie Umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

F.B.I. TASBUD S.A. do upływu terminu składania ofert (tj. do 24.05.2021 r.) za pośrednictwem platformy zakupowej złożył ofertę, do której dołączył plik o nazwie: „2021.05.21 Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 727500103318”, który miał

stanowić potwierdzenie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W treści tej gwarancji ubezpieczeniowej, wskazano m.in. co następuje:

*Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019, poz. 2019) z późn. zmianami (zwanej dalej „Ustawą”):*

- 1) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy, 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 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,*
- 2) Zobowiązany, 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 Zobowiązanego, którego oferta została wybrana.*

Okoliczności prawne

W odpowiedzi na odwołanie zacytowano brzmienie art. 98 ust. 6 npzp oraz art. 46 ust. 4a i 5 pzp

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Zamawiający wywiódł, że gwarant warunkuje wypłatę należności z gwarancji w przypadku braku złożenia przez wykonawcę nieprzewidzianych w ustawie pzp przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 nowej ustawy pzp, których nie można uznać za „oświadczenia i dokumenty”, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy pzp.

Ponadto w przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie wspomniano o wypłacie beneficjentowi należności w przypadku niezpełnienia przez wykonawcę pełnomocnictwa, które to jest enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a ustawy pzp, a przepisy ustawy Pzp rozróżniają pojęcie „pełnomocnictwa” od „dokumentu”,



czy „oświadczenia”. W konsekwencji nie można uznać, że pojęcie „dokument” lub „oświadczenie”, o których mowa w ww. gwarancji oznacza również pełnomocnictwo.

W piśmie obejmującym zgłoszenie przystąpienia Przystępujący uznał decyzję Zamawiającego za prawidłowo podjętą i wyartykułowaną.

Przystępujący wywiódł, że procedury zamówień publicznych stanowią sformalizowany sposób zawierania umów, który wymaga profesjonalizmu zarówno od zamawiających, jak i wykonawców. Jako profesjonalista wykonawca powinien mieć świadomość, że niedopuszczalne są jakiegokolwiek błędy dokumentach składanych przez niego w ofercie, gdyż po upływie terminu składania ofert oferta wraz z załączonymi dokumentami (w tym dokumentem wadium), poza wyjątkami przewidzianymi art. 87 ust. 2 pzp, nie może ulec zmianie. Stąd wszelkie błędy wykonawców we wniesieniu wadium wiążą się z sankcją odrzucenia oferty.

Według Przystępującego skoro przedmiotowe postępowanie prowadzone jest na gruncie przepisów starej pzp, każdy dokument pochodzący od wykonawców powinien właśnie te przepisy przywoływać.

Przystępujący stwierdził, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Ponadto dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych.

Zdaniem Przystępującego w tym postępowaniu Zamawiający, który otrzymał dokument wadium z treścią nowych przepisów pzp, takiej gwarancji zapłaty nie uzyskał. Dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium byłoby w tej sytuacji niemożliwe lub co najmniej mocno utrudnione, gdyż wymagałoby interpretacji treści dokumentu wadium.

Według Przystępującego wszelkie próby wskrzeszenia złożonego przez Odwołującego wadium są bezcelowe, gdyż uchybienia w treści dokumentu nie mogą zostać sanowane w toku postępowania odwoławczego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając**

**zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że w przedłożonej Zamawiającemu przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium prawidłowo określono, że została ona wystawiona przez towarzystwo ubezpieczeniowe jako gwaranta tytułem zabezpieczenia zapłaty przez Tasbud jako zobowiązanego wadium w związku z uczestnictwem w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego jako beneficjenta z tej gwarancji. Ponadto gwarant zobowiązał się nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne wezwanie do zapłacenia kwoty do wysokości, która odpowiada ustalonej przez Zamawiającego jako wadium w tym postępowaniu.

Poza wszelkim sporem jest również okoliczność, że choć przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest na podstawie poprzedniej ustawy pzp, przesłanki zatrzymania wadium odpowiadają brzmieniu art. 98 ust. 6 nowej ustawy pzp.

W orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w tego rodzaju dokumencie jak wadialna gwarancja ubezpieczeniowa czy bankowa podlega wykładni – jak każde inne oświadczenie woli – zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc” lub „k.c.”}.

Art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1206 ze zm.) stanowi, że czynnościami ubezpieczeniowymi, o których mowa w ust. 1 (tj. związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych), jest zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 ze zm.), a także wykonywanie tych umów. Tym samym ustawa o działalności ubezpieczeniowej zalicza gwarancję ubezpieczeniową do kategorii umów. Jest to jedynie uprawnienie pozwalające zakładom ubezpieczeń na udzielanie gwarancji, nie przesądza jednak o jej treści, która kształtowana jest na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> kc. Oznacza to, że strony mogą same według swojej woli ukształtować treść łączącego je stosunku prawnego, przy czym treść ta nie może być sprzeczna z obowiązującym prawem, właściwością stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego. Co do zasady przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest umową trójstronną, w której zakład ubezpieczeń (gwarant) zaciąga własne zobowiązanie do zapłaty na rzecz podmiotu uprawnionego (beneficjenta) określonej w treści gwarancji kwoty w przypadku, gdyby osoba trzecia (zleceniodawca) nie spełniła swojego świadczenia. Gwarancja jest więc samoistnym zobowiązaniem gwaranta, jednak nie oznacza to, że gwarancja ubezpieczeniowa zmienia swój umowny charakter i staje się jednostronnym oświadczeniem woli.

Przedewszystkim charakter prawny gwarancji pozostaje w ocenie Izby bez wpływu na dopuszczalność jej wykładni jako oświadczenia woli, gdyż również jednostronne oświadczenie woli jest dopuszczalne. Dopuszczalność wykładni oświadczeń woli jednostronnych nie jest bowiem przez kodeks cywilny wyłączona. Zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie

przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Jest to między innymi efekt spostrzeżenia, że osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 kc nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny. Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07 Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje. *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. 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.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy – przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. – cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się*

*w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.*

Potwierdzenie stanowiska o możliwości zastosowania art. 65 kc w odniesieniu gwarancji ubezpieczeniowej wynika również z uzasadnienia wyroku z 17 stycznia 2013 r. Sądu Apelacyjnego w Szczecinie sygn. akt I ACa 728/12, gdzie szeroko odniesiono się do tej problematyki. (...) *Sąd Odwoławczy nie ma wątpliwości, że przy wykładni postanowień gwarancji znajdują zastosowanie reguły interpretacyjne wynikające z art. 65 § 1 i 2 k.c., choć jednocześnie koniecznym jest uwzględnienie szczególnego charakteru tej instytucji, na co zwrócił uwagę już Sąd Okręgowy. Specyfika gwarancji ubezpieczeniowej przejawia się m.in. w tym, że strony nie uzgadniają postanowień umowy gwarancyjnej, gdyż to gwarant wystawia dokument gwarancyjny, który w niniejszym przypadku został dołączony do oferty uczestnika przetargu. Oczywiście jest, że skoro treść gwarancji nie była negocjowana pomiędzy beneficjentem a gwarantem, to nie sposób jest się kierować się przy ustaleniu treści umowy kryterium zgodnego zamiaru stron. Tym samym zwłaszcza istota i cel takiego zobowiązania gwarancyjnego, jak słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji, powinna być uwzględniana przy wykładni treści postanowień gwarancji, czego nie może niweczyć tylko wzgląd na zaostrożoną odpowiedzialność gwaranta „na pierwsze żądanie”. Sąd Apelacyjny podnosi, że rozłożenie akcentów w art. 65 § 2 k.c. oznacza, że argumenty językowe (gramatyczne) mają znaczenie drugorzędne i ustępują argumentom odnoszącym się do woli stron, ich zamiaru i celu umowy, choć jednocześnie nie sposób zupełnie pomijać literalnego brzmienia treści oświadczeń wyrażonej na piśmie. Opierając się więc li tylko na dosłownym brzmieniu § 2 ust. 2 przedmiotowej gwarancji, jak sugeruje to apelujący, można byłoby rzeczywiście dojść do wniosku, że wyłącznie wezwanie obejmujące w swej treści oświadczenie beneficjenta dotyczące przyczyn zatrzymania wadium zobowiązuje gwaranta do wypłaty sumy gwarancyjnej. Takie rozumienie treści gwarancji nie pozostawałoby jednak w zgodzie z istotą i celem zobowiązania gwarancyjnego, a te nakazują brać pod rozwagę dyrektywy wynikające z art. 65 k.c. Podkreślić trzeba, że takie stanowisko pozostaje w zgodzie z linią poglądów prezentowaną w judykaturze na tle odpowiedzialności gwarancyjnej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2005 r., III CK 155/04, LEX nr 371487; por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1992 r., III CZP 78/92, OSNC 1992/12/228), pomimo akcentowanego przez pozwanego dość ścisłego i rygorystycznego ujmowania jej przesłanek. Nie sposób jest się więc zgodzić z oceną apelującego i powołanym przez niego poglądem wyrażonym przez przedstawicieli literatury przedmiotu, albowiem pomijają one zupełnie dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 k.c. które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia, lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 k.c. dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony*

*przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest "jasna" po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., II PK 281/09, LEX nr 602248; z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX nr 512012).*

Trafnie zatem przywołał Odwołujący powyższy wywód prawny za uzasadnieniem wyroku Izby z 22 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 765, KIO 784.

Tymczasem z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający w ogóle nie dokonał wykładni złożonego przez gwaranta oświadczenia woli, skoro ograniczył się *de facto* do stwierdzenia, że ustawa pzp nie zna „podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych” wskazanych w treści gwarancji, w której jednocześnie nie wskazano na pełnomocnictwo w kontekście przesłanki zatrzymania wadium związanej z niezastosowaniem się przez wykonawcę (zobowiązanego) do wezwania zamawiającego do dokonania określonych przez niego uzupełnień.

Przed wszystkim istotne jest, że – jak trafnie wskazano to w odwołaniu – merytorycznie przesłanki zatrzymania wadium w nowej ustawie pzp nie uległy zmianie w stosunku do ustawy pzp. W szczególności art. 98 ust. 6 pkt 1 npzp stanowi odpowiednik art. 46 ust. 4a pzp, tzn. oba przepisy uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku nieuzupełnienia na jego wezwanie przez wykonawcę tych samych kategorii dokumentów i oświadczeń, w tym pełnomocnictwa. Wydaje się, że Zamawiający, który po ponad pół roku od wejścia w życie nowej ustawy pzp prowadzi zapewne również postępowania pod jej rządami, nie powinien mieć co do tego wątpliwości.

Z kolei biorąc pod uwagę powyżej ustalone i niesporne okoliczności towarzyszące sporządzeniu gwarancji ubezpieczeniowej oczywiste jest, że celem wystawienia tej gwarancji było zabezpieczenie oferty składanej przez Tasbud tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji wskazanie przesłanek zatrzymania wadium przez odwołanie się do przepisów nowej ustawy pzp, należy uznać za bez znaczenia dla odczytania, że wolą gwaranta było zabezpieczenie zapłaty przez Tasbud wadium w przypadku zajścia każdej z przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w ustawie pzp.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Z art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp wynika w szczególności, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy.

Skoro Zamawiający bezpodstawnie ustalił, że wniesione przez Odwołującego

do upływu terminu składania ofert wadium nie zabezpiecza prawidłowo złożonej oferty, odmawiając zinterpretowania oświadczenia woli gwaranta przy zastosowaniu reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z Kodeksu cywilnego, odrzucenie oferty Tasbudu było bezpodstawne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.