

**WYROK**

**z dnia 7 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 r. przez Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), przy ul. Ostrobramskiej 101, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice, przy udziale wykonawcy – Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-531), przy ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), przy ul. Ostrobramskiej 101 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), przy ul. Ostrobramskiej 101 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), przy ul. Ostrobramskiej 101 na rzecz Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice kwotę 3.567,00 zł

(słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy pomp insulinowych dla dzieci poniżej/powyżej 6 roku życia i/lub poniżej/powyżej 6 roku życia przeznaczonego głównie dla dzieci z niedocukrzeniami nocnymi i/lub nie sygnalizującymi objawów niedocukrzenia (znak sprawy PN/12/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lutego 2014 r., pod nr 2014/S 035-056997.

W dniu 12 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, w części 1 i 3 Postępowania, oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-531), przy ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, którą to uznał za najkorzystniejszą, wykluczeniu wykonawcy Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), przy ul. Ostrobramskiej 101 (dalej: „Odwołujący”) z Postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą z uwagi na złożenie wadliwej gwarancji bankowej z nieprawidłową datą jej wystawienia i obowiązywania, co potraktowane zostało jako niezłożenie wadium (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) oraz o unieważnieniu Postępowania w części 2 i 4 z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wskazana czynność została zakwestionowana przez Odwołującego, który w odwołaniu z dnia 23 czerwca 2014 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłożenia wadialnej gwarancji bankowej potwierdzającej okres ważności gwarancji zgodny z SIWZ, podczas gdy daty zamieszczone w treści tego dokumentu (data wystawienia i data obowiązywania) były oczywistymi omyłkami pisarskimi, co wymagało wyjaśnienia przez Odwołującego
2. przepisu art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia niezgodności dat zamieszczonych w treści gwarancji wadialnej (data wystawienia i data obowiązywania) z zapisami SIWZ i okolicznościami sprawy, podczas gdy data wystawienia gwarancji wcześniejsza niż data ogłoszenia

o zamówieniu i data ważności gwarancji wcześniejsza niż termin składania ofert były oczywistymi omyłkami pisarskimi, zaś wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia pozwoliłoby przedstawić Zamawiającemu dowody na ważność zobowiązania banku (gwaranta) z tytułu wadium,

3. przepisu art. 65 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego wykładni treści gwarancji bankowej Odwołującego złożonej wraz z ofertą, podczas gdy przeprowadzenie prawidłowej wykładni, uwzględniającej w szczególności istotę i cel wystawienia wadialnej gwarancji bankowej przez Bank Handlowy w Warszawie S.A., Zamawiający powinien dojść do przekonania, że data wystawienia i data obowiązywania gwarancji mają charakter omyłkowy i muszą być niezgodne z księgami bankowymi banku-gwaranta, co w konsekwencji doprowadziłoby do przedstawienia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej wadialnej gwarancji bankowej,
4. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania, podczas gdy Odwołujący wniósł wadium w całości, zaś interes Zamawiającego poprzez podanie omyłkowych dat w treści gwarancji bankowej nie został naruszony ani zagrożony,
5. przepisu art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy wykluczenie Odwołującego obarczone było wadą proceduralną, wobec czego nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1-4 Postępowania,
3. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w części 2 i 4,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu w częściach 1-4,
5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że spełnia przesłanki uprawniające go do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania (art. 179 ust. 1 Pzp), bowiem złożył najkorzystniejszą ofertę na część 1 i 3 Postępowania oraz jedyną ofertę w części 2 i 4. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie zatem wyborem oferty złożonej przez Odwołującego we wszystkich częściach Postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący oświadczył w pierwszej kolejności, że spełniając sformułowany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) wymóg wniesienia wadium załączył do oferty gwarancję bankową nr GK14-0840036 wystawioną przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Bank” lub „Gwarant”). Wyjaśnił, że w treści tego dokumentu widniały następujące daty: data wystawienia – 6 lutego 2014 r. i data obowiązywania – 30 marca 2014 r., które to w istocie stanowiły podstawę wykluczenia go z udziału w Postępowaniu. Zaznaczył jednak, że druga ze wskazanych dat przypadła jeszcze przed dniem złożenia przez Odwołującego oferty, a rzekoma data wystawienia gwarancji – przed datą opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, co miało miejsce w dniu 19 lutego 2014 r. Na tej podstawie Odwołujący ocenił, że wadialna gwarancja bankowa została opatrzona przez Gwaranta omyłkowymi datami wystawienia gwarancji i okresu obowiązywania gwarancji. Oczywistym jest bowiem dla niego, że złożenie w Postępowaniu gwarancji wystawionej w dniu 6 lutego 2014 r. byłoby niemożliwe, skoro ogłoszenie przetargu nastąpiło w dniu 19 lutego 2014 r. Podobnie, zdaniem Odwołującego, należało ocenić datę obowiązywania gwarancji – bezcelowym byłoby składanie jako wadium gwarancji, której okres obowiązywania upływa przed dniem złożenia oferty przez wykonawcę.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że skoro na etapie składania ofert doszło do oczywistej omyłki, która nie została uprzednio przez Zamawiającego wyjaśniona, to nie powinna ona decydować o podjęciu tak radykalnego kroku, jakim było wykluczenie Odwołującego z Postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był bowiem wezwać Odwołującego, a także Bank do wyjaśnienia treści gwarancji przez ustalenie prawidłowego zakresu czasowego jej obowiązywania. Podkreślił przy tym, że formalizm postępowań prowadzonych na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych nie jest celem samym w sobie, a stosowanie sformalizowanych zasad udzielania zamówień powinno odbywać się z uwzględnieniem celu Pzp. Jest nim zagwarantowanie konkurencyjności postępowań o udzielanie zamówień publicznych, które może być realizowane wyłącznie poprzez odpowiedzialne zachowanie zamawiającego i nie może zmierzać do pozbawienia wykonawców możliwości uzyskania zamówienia publicznego, ale do utrzymania w mocy ich ofert w możliwym zakresie, dopuszczalnym przepisami prawa. W konsekwencji, w przekonaniu Odwołującego, Zamawiający powinien był skierować do Odwołującego, a także do samego Gwaranta wnioski o wyjaśnienie dlaczego w Postępowaniu ogłoszonym w dniu 19 lutego 2014 r., z datą składania ofert do 7 kwietnia 2014 r., została przedłożona gwarancja bankowa z datą wystawienia 6 lutego 2014 r. ważna do 30 marca 2014 r. W sposób oczywisty bowiem złożenie gwarancji o takiej treści nie było zamiarem Odwołującego, podobnie jak wystawienie gwarancji z takimi datami nie było zamiarem Banku. Jediną drogą do wyjaśnienia

zaistniałej sytuacji było skierowanie zapytań do Odwołującego i do Gwaranta, czego Zamawiający zaniechał i bez wcześniejszej konsultacji, bez umożliwienia Odwołującemu wytłumaczenia omyłki i jej poprawienia, wykluczył go z Postępowania.

Dalej Odwołujący wskazał, że Bank – po powzięciu wiadomości o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania – poświadczył, że w księgach bankowych widnieją prawidłowe dane gwarancji bankowej, zatem jego zobowiązanie z tytułu wadium jest całkowicie prawidłowe i skuteczne względem Zamawiającego. Gwarant podjął działania zmierzające do wyjaśnienia omyłki i potwierdzenia Zamawiającemu, iż na dzień składania ofert jego zobowiązanie z tytułu gwarancji było ważne i miało prawidłową datę obowiązywania. Wyjaśnienia banku (pismo z dnia 13 czerwca 2014 r.) pozostały jednak bez reakcji Zamawiającego. Odwołujący skonkludował, że Zamawiający – skupiając się na formalnych zasadach prowadzenia Postępowania – stracił z oczu podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, jaka jest zapewnienie konkurencyjności.

Odwołujący podkreślił kolejno, że wezwanie do wyjaśnienia treści gwarancji wadialnej, skierowane do Odwołującego i Gwaranta, którego zaniechanie zarzucił Zamawiającemu, nie stałoby w sprzeczności z instytucją wadium, które musi zabezpieczać interes Zamawiającego przez cały okres związania ofertą wykonawcy. Księgi bankowe Gwaranta potwierdzały, że zobowiązanie z tytułu wystawionej gwarancji było zgodne ze zleceniem wystawionym przez Odwołującego, a zatem zabezpieczało Zamawiającego w sposób określony w treści SIWZ. Jedynie dokument to potwierdzający (wadialna gwarancja bankowa) zawierał omyłki pisarskie. Wezwanie Odwołującego i Banku do złożenia wyjaśnień w istocie pozwoliłoby dokonać interpretacji treści gwarancji zgodnie z art. 65 § 1 i 2 K.c. Odwołujący zaznaczył przy tym, że gwarancja bankowa podlega wykładni stosownie do zasad uregulowanych w K.c. i co istotne – przy jej wykładni należy brać pod uwagę istotę i cel zobowiązania gwaranta. W tej sprawie Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że zachodzi sprzeczność między treścią gwarancji (pisemnym oświadczeniem banku), a celem tego zobowiązania w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego. Zamawiający jednak uchylił się od jakiegokolwiek interpretacji treści przedłożonego mu dokumentu i wykluczył Odwołującego z Postępowania bez umożliwienia mu ustosunkowania się do zaistniałej sytuacji i przedstawienia dowodów potwierdzających omyłki w datach wskazanych w treści wystawionej gwarancji. Odwołujący zasygnalizował, że w niniejszej sprawie Gwarant nie kwestionuje swojego zobowiązania względem Zamawiającego (gwarantariusza), a wręcz potwierdza je. Gdyby zatem Odwołujący miał możliwość działania przed wykluczeniem go z Postępowania i odrzuceniem jego oferty, czego Zamawiający go pozbawił, sprawa błędnych dat w treści gwarancji jako oczywistych omyłek, zostałaby wyjaśniona. Oczywiste omyłki, które nie

wpływają merytorycznie na treść oferty, w tym – w niniejszym przypadku – nie wpływają na odpowiedzialność Banku, nie powinny być przyczyną pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Na marginesie Odwołujący wskazał na interes Zamawiającego w pozytywnym rozpatrzeniu przez Izbę wniesionego odwołania. Oferta Odwołującego na część 1 i 3 Postępowania była najkorzystniejsza, co w świetle celu przyświecającego zamawiającym, którym jest uzyskanie najkorzystniejszej oferty, w tym cenowej, nie powinno pozostać bez znaczenia. Dodatkowo, w zakresie części 2 i 4 Postępowania Zamawiający zostałby zmuszony do ponownego przeprowadzenia całego Postępowania, co wiąże się z dodatkowymi kosztami i wymaga czasu. Wykluczenie Odwołującego z postępowania było zatem nie tylko bezpodstawne, ale i nieracjonalne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie stwierdzając, co następuje.

Zgodnie z pkt VI SIWZ wykonawcy, którzy zamierzali przystąpić do przetargu, zobowiązani byli wnieść wadium przed terminem otwarcia ofert. W przypadku m.in. gwarancji bankowych, dokument potwierdzający spełnienie warunku wniesienia wadium nie mógł być sporządzony później niż do dnia 31 marca 2014 r., a okres jego ważności nie mógł być krótszy niż okres związania ofertą, tj. 60 dni licząc od dnia otwarcia ofert. Kserokopię dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty, a oryginał złożyć w Kancelarii Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Z uwagi na fakt, że przedłożona przez Odwołującego wadialna gwarancja bankowa nie zabezpieczała okresu związania ofertą Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wniósł wadium, w konsekwencji czego, w dniu 12 czerwca 2014 r. wykluczył go z Postępowania oraz odrzucił jego ofertę.

Zamawiający stwierdził, że bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż gwarancja bankowa złożona przez Odwołującego została udzielona przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. na okres od dnia jej wystawienia, tj. 6 lutego 2014 r. do dnia 30 marca 2014 r. Zamawiający wymagał, aby dokument potwierdzający spełnienie warunku wniesienia wadium nie był sporządzony później niż do dnia 31 marca 2014 r., a okres jego ważności nie był krótszy niż okres związania ofertą tj. 60 dni licząc od dnia otwarcia ofert. Natomiast wadialna gwarancja bankowa złożona przez Odwołującego, co również Zamawiający ocenił jako bezsporne, nie była udzielona na wymagany okres, a tym samym nie spełniała swojej funkcji gwarancyjnej.

Zamawiający podkreślił, że wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Zasygnalizował przy tym, że deklarowany w treści wadium termin ważności wadium nie może być zmieniany i sanowany w drodze wykładni oświadczeń cywilnoprawnych na zasadzie

art. 65 K.c. Instytucja wadium została bowiem w sposób szczególny uregulowana w art. 45 i 46 Pzp, z których wynika obowiązek żądania wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Jednocześnie ustawodawca określił w art. 45 ust. 3 Pzp, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zatem uzupełnienie wadium poprzez zmianę okresu obowiązywania zabezpieczenia, po upływie terminu do składania ofert, pozostaje poza granicami zastosowania tej regulacji. Zaznaczył, że wadium w systematyce zamówień publicznych zajmuje samodzielną pozycję w stosunku do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli chodzi o wymienione tam dokumenty podmiotowe, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych, czy wreszcie pełnomocnictwa, ustawodawca wyraźnie przewidział instytucję uzupełnienia tych kategorii dokumentów. Jednak w zakresie wadium brak jest takiej możliwości, co należy rozumieć jako przejaw bardzo restrykcyjnego podejścia do sytuacji składania przez wykonawców dokumentów wadium. Zatem wobec braku w stosunku do instytucji wadium wyraźnej regulacji prawnej analogicznej do tej unormowanej w art. 26 ust. 3 Pzp, złożony przez Odwołującego dokument nie stanowi wadium w rozumieniu art. 45 i art. 46 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zamawiający zaznaczył, że brak jest również możliwości zastosowania instytucji wyjaśnienia wadium na zasadzie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem wniesione wadium nie stanowi treści złożonej oferty, lecz jest jej zabezpieczeniem. Ponadto wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie mógł również skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z tego powodu, że wadium nie jest ofertą, a domniemana omyłka w dacie zabezpieczenia oferty nie jest oczywista.

Finalnie Zamawiający stwierdził, że wykluczenie Odwołującego z Postępowania w żaden sposób nie narusza zasad konkurencyjności. Wprost przeciwnie – naruszenia zasady konkurencyjności dopuściłby się on wówczas, gdyby poprawił dokument gwarancji bankowej przedłożony przez Odwołującego w jeden ze wskazywanych przez niego sposobów. Na marginesie dodał również, że żaden przepis Pzp nie uprawnia go do zwracania się do osób trzecich o wyjaśnienie dokumentów złożonych przez wykonawców.

Do postępowania odwoławczego, w ustawowym terminie, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-531), przy ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B (dalej: „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie



argumentując dodatkowo, jak niżej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków – pracowników Banku na okoliczność treści złożonego przez niego wniosku o udzielenie gwarancji bankowej, prawidłowej treści otrzymanej od Banku gwarancji bankowej, przyczyn omyłki w treści gwarancji załączonej do oferty złożonej w Postępowaniu i ważności zobowiązania Gwaranta wynikającego z udzielonej gwarancji bankowej. Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wniosku z dnia 25 marca 2014 r. o udzielenie gwarancji bankowej, która przedłożona została Zamawiającemu oraz z treści elektronicznego zrzutu ekranu księgowego wraz z tłumaczeniem fragmentów jego treści na język polski – oba na okoliczność okresu obowiązywania gwarancji wystawionej przez Bank na potrzeby Postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego argumentując, że nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem nie było możliwe – w świetle przepisów Pzp – ani wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu gwarancji, ani wezwanie do wyjaśnienia jego treści, czy wreszcie treści oferty, co szczegółowo opisał w treści odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania i oddalenie, względnie pominięcie, zgłoszonych na rozprawie wniosków dowodowych. W nawiązaniu do nich stwierdził, że – po pierwsze – ustalanie prawidłowej treści gwarancji na podstawie zeznań świadków jest zbędne dla rozstrzygnięcia o skuteczności wniesienia wadium, a po drugie – że zeznania świadków mają częściowo potwierdzać tezy dowodowe sformułowane w odniesieniu do dowodów z dokumentów i w tym zakresie wnioski z osobowych źródeł dowodowych wykraczają ponad ośnowę przedłożonych przez Odwołującego dokumentów. Wreszcie, po trzecie – odnosząc się do treści samych dokumentów – wskazał, że wniosek o udzielenie gwarancji potwierdza co najwyżej ubieganie się o nią, a nie jej uzyskanie w kształcie spełniającym wymogi SIWZ, a zrzut ekranu obrazujący fragment ksiąg bankowych, dotyczących udzielonej gwarancji, nie może zastąpić samego dokumentu gwarancji. Przystępujący argumentował ponadto, że wymóg dotyczący gwarancji mógłby ewentualnie zostać uznany za spełniony, gdyby w dacie upływu terminu składania ofert przedłożył on gwarancję w dotychczasowym brzmieniu wraz z aneksem prostujący stwierdzone w niej omyłki.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron**

**i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt VI.1 SIWZ wykonawcy, którzy zamierzali ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego zobligowani zostali do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, w łącznej wysokości, dotyczącej wszystkich części zamówienia, 9.480,00 zł. W pkt VI.4 SIWZ Zamawiający przewidział, że w przypadku wadium wnoszonego w innej formie niż w pieniądzu dokument stwierdzający spełnienie warunku jego wniesienia nie może być sporządzony później niż do dnia 31 marca 2014 r., a okres jego ważności nie może być krótszy niż termin związania ofertą, tj. 60 dni licząc od dnia otwarcia ofert (uwzględniając okoliczność, że termin otwarcia ofert uległ przesunięciu, jak to wynika z treści protokołu Postępowania, na dzień 7 kwietnia 2014 r., oferta powinna być zabezpieczona wadium do dnia 5 czerwca 2014 r.).

Odwołujący załączył do oferty Gwarancję przetargową nr GK14-0840036, wystawioną przez Bank na kwotę 9.480,00 zł, której beneficjentem był Zamawiający. W jej treści prawidłowo określono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z którym została ona udzielona oraz sytuacje, w których roszczenie Zamawiającego w stosunku do Gwaranta może być zrealizowane. Jako datę wystawienia dokumentu wskazano dzień 6 lutego 2014 r., zaś jako termin ważności przyjęto okres przypadający od daty wystawienia gwarancji (*ergo* – 6 lutego 2014 r.) do dnia 30 marca 2014 r.

Przedstawione powyżej okoliczności, ustalone na podstawie treści dokumentacji Postępowania (SIWZ, protokołu Postępowania i oferty Odwołującego) nie były między stronami sporne. Różniły się one bowiem wyłącznie w ocenie skutków prawnych złożenia dokumentu gwarancji wadialnej, którego treść nie odpowiada postanowieniom SIWZ.

Rozstrzygając ujęty w powyższy sposób spór Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że nie mogły odnieść skutku zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 Pzp. Należy mieć bowiem na uwadze, że pierwszy ze wzmiankowanych przepisów referuje do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (czyli do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz potwierdzających przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w treści SIWZ). Katalog tych dokumentów określony został w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, wydanym na podstawie delegacji

ustawowej zawartej w treści przepisu art. 25 ust. 2 Pzp. Uszło uwadze Odwołującego, że regulacje wspomnianego aktu wykonawczego nie obejmują innej, prócz wyżej wymienionych, kategorii dokumentów, tj. – *ad casum* – dokumentów potwierdzających wniesienie wadium w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp. W konsekwencji nie sposób uznać, że Zamawiającemu, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, przysługiwać miałyby uprawnienie do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu stwierdzającego prawidłowe wniesienie wadium. Analogiczne zapatrywanie należałoby wyrazić także na gruncie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, który wprowadza przewiduje procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, tym niemniej z ograniczeniem do tych, które ujęte zostały w przepisach Rozporządzenia (argument z art. 26 ust. 4 *in fine* Pzp).

Co zaś dotyczy braku możliwości zastosowania do dokumentu gwarancji instytucji wyjaśnienia treści oferty, uregulowanej w art. 87 ust. 1 Pzp, Izba wskazuje, że wadium stanowi zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, rozumianym ogólnie jako podmiot, który pochoinnie złożył ofertę (np. bez zamiaru zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) lub w związku ze złożoną ofertą działał niestaranie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np. nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów). W konsekwencji wadium należy uznać niejako za zabezpieczenie oferty, a nie za ofertę *sensu stricto*. Brak jest także możliwości poprawiania omyłek, na których istnienie powołuje się Odwołujący, w dokumencie, który treści oferty nie stanowi.

Nie mogły również odnieść skutku zawarte w odwołaniu twierdzenia o możliwości zwrócenia się o stosowne wyjaśnienia do samego Gwaranta. Abstrahując od omówionej powyżej kwestii niedopuszczalności podejmowania takich czynności w ogóle, należy zauważyć, że przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych generalnie w bardzo ograniczonym zakresie przewidują możliwość zwracania się o określone informacje do podmiotów trzecich. Tytułem przykładu można wskazać na przepis § 1 ust. 5 Rozporządzenia konstytuujący, pod wskazanymi w nim warunkami, możliwość zwrócenia się przez zamawiającego do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi, wykazywane przez danego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, były lub miały zostać wykonane o przedłożenie zamawiającemu dodatkowych informacji lub dokumentów w tym zakresie bezpośrednio zamawiającemu. Brak jest natomiast w obowiązujących przepisach prawa takiego uprawnienia w odniesieniu do dokumentów potwierdzających wniesienie wadium. Warto również zauważyć, że okoliczność otrzymywania przez zamawiających dokumentów sporządzonych przez inne, niż wykonawcy, podmioty nie wpływa na fakt, że korespondencja, która stanowi przyczynę takiego stanu rzeczy, adresowana jest, co do zasady, do uczestników

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów K.c. dotyczących wykładni oświadczeń woli Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim, na mocy przepisu art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Pzp, obowiązkowi instruowania postępowania odwoławczego. Jakkolwiek argumenty dotyczące błędnych dat widniejących na dokumencie gwarancji mogłyby zostać uznane za trafne, to skład orzekający jest zdania, że ze względu na szczególną rolę, jaką w systemie zamówień publicznych pełni instytucja wadium ustalenie rzeczywistej treści dokumentu składanego na potwierdzenie jego wniesienia mogłoby nastąpić wyłącznie przez przedstawienie, czy to Zamawiającemu, czy też, ewentualnie, w toku postępowania odwoławczego wystawionego przez Gwaranta dokumentu o prawidłowej treści, względnie dokumentu aneksującego (zmieniającego) wadliwą treść przedłożonej uprzednio gwarancji. Tymczasem Odwołujący wiedząc zarówno o podstawie wykluczenia go z Postępowania, a także znając konkretne przyczyny podjęcia przez Zamawiającego takiej decyzji nie tylko nie podjął właściwych kroków w ramach Postępowania, ale także nie przygotował się należycie do postępowania odwoławczego. Uwzględniając specyfikę sytuacji związanej z błędną treścią dokumentu wadialnego, w związku z którą zamawiającemu nie przysługują żadne przewidziane przepisami Pzp uprawnienia (wezwanie do wyjaśnienia/uzupełniania dokumentu lub do wyjaśnienia treści oferty, czy wreszcie poprawienia omyłek) Odwołujący winien wystąpić samodzielnie do Banku o dokument, którego treść usuwałaby wszelkie wątpliwości dotyczące zakresu udzielonej Zamawiającemu gwarancji wadialnej, tj. – jak wspomniano – dokumentu o prawidłowej treści, bądź aneksu do pierwotnej gwarancji.

Izba zauważyła wprawdzie, że Odwołujący, tak w Postępowaniu, jak i w postępowaniu odwoławczym, podjął kroki zmierzające do wyjaśnienia Zamawiającemu zaistniałej sytuacji, tym niemniej uznała je za działania nieskuteczne. Przedstawił bowiem dowody z dokumentów, które jedynie pośrednio wskazywały na właściwą treść gwarancji wadialnej, tym niemniej nie wykazał, że na ich podstawie Zamawiający mógłby skutecznie dochodzić uprawnień z przedłożonej mu przez Odwołującego gwarancji.

Oдноśnie przedstawionego Zamawiającemu oświadczenia Banku z dnia 13 czerwca 2014 r. Izba wzięła pod uwagę – poza wskazaną powyżej okolicznością – że zostało ono złożone przez osoby inne niż podpisane pod dokumentem gwarancji przetargowej. Odwołujący nie przedstawił Izbie dowodów, że miały one jakikolwiek związek z wystawioną na jego zlecenie gwarancją bankową. Mając nawet na uwadze fakt, że wspomniany dokument zawiera oświadczenie wiedzy, to – z uwagi na powyższą okoliczność – wątpliwe było, w ocenie Izby, że osoby, które je złożyły były kompetentne w zakresie potwierdzenia okoliczności ujętych w jego treści.

Oceniając kolejno dowody przedstawione przez Odwołującego na rozprawie, a to wniosek o udzielenie gwarancji bankowej oraz elektroniczny zrzut ekranu księgowego) Izba stwierdziła, że – po pierwsze – wzmiankowany wniosek stanowił tylko podstawę do ubiegania się o gwarancję o treści w nim określonej, nie zaś dowód udzielenia jej zgodnie ze złożonym wnioskiem, po drugie zaś, w odniesieniu do elektronicznego zrzutu ekranu, nie zostało wykazane (abstrahując od wiarygodności takiego wyświetlenia ekranu z uruchomionym programem komputerowym, bowiem tak w istocie należało ten dowód ocenić), że uprawnia on do dochodzenia roszczeń z gwarancji wadialnej. Skoro miałby on – zgodnie z intencją Odwołującego – dotyczyć gwarancji o prawidłowej treści pojawia się wątpliwość, dlaczego w jego miejsce nie został po prostu złożony właściwy dokument gwarancji. Reasumując tą część wyводу trzeba podkreślić, że ww. dokumenty nie mogły zastąpić, jak chciał tego Odwołujący, dokumentu stwierdzającego istnienie gwarancji o prawidłowej, określonej w SIWZ, treści.

W zakresie oddalonych na rozprawie wniosków dowodowych o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków – pracowników Gwaranta Izba wskazuje, że wadliwe byłoby ustalanie treści gwarancji bankowej (czyli dokumentu składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) za pomocą osobowych źródeł dowodowych. Pomijając okoliczność, że świadkami miały zostać osoby inne niż podpisane pod treścią gwarancji przetargowej, to czynność procesowa polegająca na przesłuchaniu określonych osób nie mogłaby zastąpić, ani zmienić wyrażonej na piśmie treści gwarancji. Przyjęcie odmiennego zapatrywania mogłoby pozostawać w sprzeczności z wyrażoną w art. 9 ust. 1 Pzp zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konkludując – skoro przedłożona przez Odwołującego gwarancja bankowa nie spełniała wymogów sformułowanych w treści SIWZ i nie zostało udowodnione, w sposób omówiony w niniejszym uzasadnieniu, że Zamawiający posiadałby – mimo oczywiście wadliwego brzmienia tego dokumentu – rzeczywistą możliwość zaspokojenia ewentualnych roszczeń na podstawie przedmiotowej gwarancji należało uznać, że wniesione w ten sposób wadium nie spełniało swej zasadniczej funkcji – gwarancyjnej. W konsekwencji, Zamawiający prawidłowo uznał, że nie zostało ono wniesione, co uprawniało go, na zasadzie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, do wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznania jego oferty za Odrzuconą. Tym samym, skoro w części 2 i 4 Postępowania jedyną ofertą była oferta złożona przez Odwołującego i została ona – w wyniku zastosowanej wobec niego sankcji wykluczenia z Postępowania – uznana za odrzuconą, zgodna z przepisami Pzp była również czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu Postępowania w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.567,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....