

Wyrok

z dnia 3 września 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Boskalis International B.V. z siedzibą w Papendrecht (Holandia)** - lider konsorcjum, **2) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, **3) Rohde Nielsen A/S z siedzibą w Nyhavn (Dania)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Boskalis International B.V. z siedzibą w Papendrecht (Holandia)**, **2) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, **3) Rohde Nielsen A/S z siedzibą w Nyhavn (Dania)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Boskalis International B.V. z siedzibą w Papendrecht (Holandia)**, **2) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, **3) Rohde Nielsen A/S z siedzibą w Nyhavn (Dania)**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Boskalis International B.V. z siedzibą w Papendrecht (Holandia)**, **2) Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, **3) Rohde Nielsen A/S z siedzibą w Nyhavn (Dania)**

na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę **3 900 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Wykonanie robót budowlanych na projekcie: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2018 roku pod numerem 2018/S 080-178265. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Informacja o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (odrzućenie oferty) została przekazana wykonawcy w dniu 10 sierpnia 2018 roku drogą elektroniczną.

W dniu 17 sierpnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Boskalis International B.V. z siedzibą w Papendrecht (Holandia) - lider konsorcjum, 2) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, 3) Rohde Nielsen A/S z siedzibą w Nyhavn (Dania), (zwani dalej łącznie: „odwołującym”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu skierowania wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści i zakresu oświadczenia woli gwaranta zawartego w gwarancji wadialnej wniesionej przez odwołującego dla części 2 zamówienia;
- odrzuceniu oferty odwołującego dot. części 2 zamówienia z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do treści gwarancji wadialnej, w sytuacji, w której zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości interpretacyjne, a wątpliwości te były możliwe do usunięcia poprzez wyjaśnienia, podczas gdy KIO w orzeczeniu KIO 632/17 wyraźnie wskazało, iż po stronie zamawiającego istnieje nie tylko uprawnienie do skorzystania z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1, ale wręcz zamawiający winien podjąć kroki służące swego rodzaju konwalidacji czynności złożenia oferty, tak jak ma obowiązek tego dokonać w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp;

2. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez uznanie, iż gwarancja wadialna nie zawiera wszystkich przesłanek zrealizowania wadium podczas, gdy orzecznictwo tak KIO, jak i sądowe, dopuszcza formułowanie gwarancji w sposób odbiegający treściowo od przepisów prawa zamówień, jak i bardzo ogólny, a na podstawie przedłożonej przez wykonawcę gwarancji wadialnej zamawiający mógł zrealizować wadium w każdej sytuacji opisanej ww. przepisem, bowiem sformułowania zawarte w gwarancji przedłożonej przez odwołującego, w jej pkt a), określone są w sposób bardziej ogólny niż przesłanki określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, obejmując swym zakresem przesłanki szczegółowe wskazane w tym przepisie i pozwalają na realizację gwarancji w każdym przypadku objętym tym przepisem, w razie braku uzupełnienia lub przedłożenia wszelkich dokumentów lub pełnomocnictw, w tym także oświadczeń, w tym zgód na poprawienie omyłki, wyjaśnień, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają formę dokumentu i wyłącznie w takiej formie mogą być składane, a ponadto przez pominięcie, iż ten punkt wzmacnia w istocie ochronę zamawiającego, przewidując domniemanie winy wykonawcy;
3. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż gwarancja wadialna zawiera modyfikację ograniczającą możliwość zrealizowania wadium podczas gdy na podstawie przedłożonej gwarancji wadialnej, z uwzględnieniem skutku, zamawiający byłby w stanie zrealizować wadium w każdej sytuacji określonej ww. przepisem, gdyż nie ma możliwości wyboru oferty wykonawcy, którego oferta nie została oceniona jako najkorzystniejsza, przedmiotowy dopisek zawarty w pkt d) w żaden sposób nie wpływa na zakres ochrony udzielony zamawiającemu, jest to skrajnie formalna interpretacja, zmierzająca do wymogu „przepisania” do gwarancji słowo w słowo przepisów Pzp, co nie jest wymagane przepisami prawa, ani SIWZ, a orzecznictwo, tak KIO, jak i sądowe dopuszcza formułowanie gwarancji w sposób odbiegający treściowo od przepisów prawa zamówień, jak i bardzo ogólny;
4. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 KC poprzez zaniechanie wykładni gwarancji wadialnej uwzględniającej znaczenie słowa „dokument” oraz frazy „uzupełnienie dokumentów” oraz całokształt okoliczności towarzyszących oświadczeniu woli oraz treść i znaczenie złożonego oświadczenia, podczas, gdy ustawa obliguje do weryfikacji oświadczeń woli złożonych w czasie postępowania zgodnie z dyrektywami art. 65 ust. 1 i 2 KC, a sformułowania zawarte w gwarancji przedłożonej przez odwołującego, w jej pkt a), określone są w sposób ogólniejszy niż przesłanki określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, obejmując swym zakresem

przesłanki szczegółowe wskazane w tym przepisie i pozwalają na realizację gwarancji w każdym przypadku objętym tym przepisem, zaś sformułowanie pkt d) w żaden sposób nie wpływa na zakres ochrony udzielony zamawiającemu, bowiem nie ma możliwości wyboru oferty wykonawcy, którego oferta nie została oceniona jako najkorzystniejsza;

5. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 77³ KC poprzez niezastosowanie tego przepisu i wadliwie nieprzyjęcie, iż wszelkie oświadczenia, w tym zgody, stanowią dokument;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do gwarancji wadialnej odwołującego aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz Pzp oraz nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. powtórzenie czynności oceny kwalifikacji wykonawców oraz złożonych przez nich ofert;
3. uznanie, iż wadium wniesione przez odwołującego spełnia wymagania ustawowe i warunki wskazane w SIWZ;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje:

Na wstępie odwołujący podkreślił, iż zamawiający początkowo trafnie uznał gwarancję wadialną odwołującego za prawidłową i ocenił jego ofertę najwyżej, co wynika z tego, że zanim zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, skierował do niego trzy wezwania, tj. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdził, że gdyby treść gwarancji wadialnej w sposób oczywisty nie spełniała warunków określonych w SIWZ oraz w ustawie Pzp, to zamawiający mógłby i powinien od razu odrzucić ofertę odwołującego i nie byłoby zasadne kierowanie wezwań, nie dotyczących kwestii gwarancji, którą zamawiający dysponował od dnia złożenia oferty.

Odwołujący podniósł, że jeżeli treść gwarancji wadialnej wzbudziła wątpliwości, to zamawiający powinien na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień treści gwarancji wadialnej, tym bardziej, że sam zamawiający w SIWZ przedstawił jedynie bardzo ogólne wymagania dotyczące formy i treści gwarancji wadialnej i wskazał, że gwarancja ma zapewniać możliwości realizacji wadium w przypadkach określonych przepisami ustawy Pzp. Nie przedstawił natomiast jej wzoru. Odwołujący powołał

się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 roku o sygn. akt: KIO 632/17, w którym Izba dopuściła możliwość wyjaśnienia treści dokumentu gwarancji na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, odwołujący wskazał na okoliczność, iż oświadczenie woli, będące przedmiotem gwarancji zostało złożone przez podmiot zagraniczny w języku angielskim, co w ocenie odwołującego, dodatkowo uzasadniało konieczność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie gwarancji.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, podkreśla się, iż prawidłowość gwarancji wadialnej nie jest uzależniona od dosłownego cytowania konkretnych przepisów ustawy Pzp. Gwarancja wadialna spełnia wymagania ustawy, kiedy z jej treści wynika, że zamawiający będzie miał możliwość uzyskania zaspokojenia w zakresie wskazanym w ustawie. Dopuszczalna jest gwarancja określona nawet w sposób bardzo lakoniczny, poprzez odwołanie do przepisów Pzp czy SIWZ. Jako przykład odwołujący podał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2227/13, KIO 2016/14. Ponadto, odwołujący powołał się na wyrok wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 316/17, z którego miała wynikać możliwość dokonywania interpretacji dokumentu gwarancyjnego.

Odwołujący stwierdził, że treść gwarancji złożonej przez niego nie jest dosłownym odzwierciedleniem tekstu przepisów, jednakże nie oznacza to, że z tego powodu gwarancja ta jest nieprawidłowa. Nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że złożona przez niego gwarancja wadialna nie daje możliwości zrealizowania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że sformułowania zawarte w gwarancji przedłożonej przez niego, w jej pkt a), określone są w sposób bardziej ogólny niż przesłanki określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, natomiast nie sposób przyjąć przy takim zapisie, aby pomijały którąkolwiek z przesłanek określonych tym przepisem. Dodał, że inna byłaby ocena, gdyby w gwarancji „skopiowana” była dokładna treść przepisu z pominięciem jednego z elementów. Zaznaczył przy tym, że taki przypadek nie występuje w okolicznościach niniejszej sprawy. Zdaniem odwołującego, sformułowanie: *„Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw nie złożył ich w wyznaczonym terminie, chyba że wykaże on, iż niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn leżących po jego stronie”* obejmuje swym zakresem przesłanki szczegółowo wskazane w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i pozwala na realizację gwarancji w każdym przypadku objętym tym przepisem. Dodał, że w literalnym odczytywaniu treści polskiego tłumaczenia gwarancji wadialnej brak jest bezpośredniego sformułowania dotyczącego poprawienia omyłek w treści oferty (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp),

w odniesieniu do tzw. „innych omyłek” (art. 87 ust. 2 pkt 3). Jednocześnie wskazał, że gwarancja zawiera zwrot „*w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw*”. W opinii odwołującego, powyższy zwrot obejmuje w sobie każde wezwanie zamawiającego, co wynika z treści gwarancji, jak i całokształtu okoliczności związanych z tą gwarancją, a nadto nie zawiera celowo podstawy prawnej wezwania zamawiającego, co wskazuje na to, że dotyczy każdego wezwania/zawiadomienia (angielskie słowo: „*notice*”), a w tym przypadku również dotyczącego wyrażenia zgody na poprawienie „innych omyłek” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, zauważył, że w języku angielskim prawniczym zwrot „*documents*” dotyczy wszelkich oświadczeń składanych w formie pisemnej lub elektronicznej, w tym także, stanowisk, uzupełnień, wyjaśnień, oświadczeń, w tym zgód itd. Tak samo – zdaniem odwołującego - należy interpretować słowo „*dokument*” w języku polskim, na gruncie prawa polskiego. Podkreślił również, iż w związku z zasadą pisemności postępowania wyrażenie zgody na korektę oferty nie może mieć innej formy niż pisemnej. Tym samym, żaden wykonawca nie może zgodzić się na dokonanie korekty np. milcząco poprzez brak negacji. Wyrażenie zgody musi być zdarzeniem pozytywnym, tj. wykonawca musi złożyć oświadczenie woli o wyrażeniu zgody na poprawienie oferty (innej omyłki) w formie pisemnej, i tym samym zgoda ta będzie dokumentem („*document*”) w rozumieniu tego słowa w języku angielskim. Odwołujący podkreślił również, iż niezależnie od powyższego, wyrażenie „*complete the documents*” („*uzupełnienie dokumentów*”) oznacza każde uzupełnienie i każdą zmianę oferty. Oferta jest niewątpliwie dokumentem, a zatem wyrażenie zgody na korektę oferty zawiera się również w ww. zwrocie.

Odwołujący stwierdził również, że zamawiający zaniechał wykładni z większego na mniejsze. Skoro gwarancja zawiera zwrot dotyczący „*uzupełnienia dokumentów*”, ang: („*complete the documents*”), to dotyczy to wszelkich dokumentów w postępowaniu, gdyż się ich nie specyfikuje. Odwołujący wskazał ponadto, że definicja dokumentu zawarta jest w art. 77³ KC, zgodnie z którym: „*Dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.*” Zatem, pojęcie dokumentu jest szerokie i należy przez nie rozumieć każde oświadczenie przekazane w tej formie. Odwołujący podał, że również doktryna prawa cywilnego, szeroko rozumie to pojęcie, stwierdzając, iż dokumentem jest nośnik informacji zawierający treść oświadczenia woli lub innego oświadczenia, np. oświadczenia wiedzy, do którego przepisy o oświadczeniach woli znajdują odpowiednie zastosowanie na podstawie odesłania z art. 65¹ KC (Kodeks Cywilny. Komentarz, pod. red. Osajda, wyd. 19, rok 2018).

Według odwołującego, interpretując całościowo tekst gwarancji wadialnej i z uwzględnieniem skutku, należy wskazać, iż skutkiem braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki jest nie uzupełnienie dokumentu/zgody na wezwanie (zawiadomienie)

zamawiającego w terminie, a zatem dochodzi do takiej samej sytuacji, jak w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym gwarancja wadium złożona przez odwołującego zawierała, w jego ocenie, wszelkie sytuacje, w których zamawiający jest uprawniony do zrealizowania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że niezasadne jest twierdzenie, iż zamawiający nie będzie w stanie zrealizować wadium w okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że sformułowanie „*zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza*” w pełni odzwierciedla wszystkie sytuacje, w których zamawiający może zrealizować wadium na podstawie tego przepisu. Podkreślił, iż na podstawie przepisów ustawy Pzp i SIWZ, zamawiający może zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Zamawiający jest zobligowany do wybrania oferty najkorzystniejszej. Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdził, że najważniejszą okolicznością przy wykładni i ocenie prawidłowości gwarancji jest ocena, czy zamawiający będzie mógł uzyskać zaspokojenie w przypadkach określonych w przepisach, przy czym nie jest konieczne literalne powtórzenie przepisu, lecz skutek, który niesie za sobą konkretna klauzula wskazana w gwarancji. Dodał też, że na podstawie przepisów ustawy Pzp zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty, która nie została oceniona jako najkorzystniejsza. Nie ma zatem ani jednej możliwości, która sprawiałaby, że w sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający nie mógłby skorzystać z wadium wniesionego przez odwołującego. Tym samym, odwołujący w żaden sposób nie ograniczył możliwości skorzystania z wadium przez zamawiającego, co oznacza, że wadium wniesiono prawidłowo i skutecznie. Zaznaczył, iż zakres pojęciowy zwrotu „*zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana*” jest taki sam jak „*zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza*”.

Zdaniem odwołującego, gwarant nie będzie miał podstawy do „odmowy zapłaty” w przypadku złożenia przez zamawiającego oświadczenia (wezwania) w każdym z przypadków wskazanych przepisach ustawy Pzp. Podkreślił, iż zamawiający w treści SIWZ (rozdział VIII ust. 6 SIWZ) nie określił dokładnie zwrotów jakie winna zawierać gwarancja, lecz wyłącznie odesłał do treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wynika z tego, iż gwarancja

winna być oceniana przez pryzmat skutku, jaki niosą za sobą postanowienia gwarancji, a nie przez pryzmat literalnego odwołania się i przytoczenia treści przepisu.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 10 sierpnia 2018 roku sytuacji, w których nie będzie miał możliwości zrealizowania wadium w sytuacji, o której mowa w przepisach 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3, tj. nie wskazał, w których sytuacjach realizacja wadium nie będzie możliwa. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił na czym polega uchybienie wykonawcy, ograniczając się w tym zakresie do ogólnikowych stwierdzeń.

Następnie, odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt: X Ga 23/07), w którym zawarte zostało stanowisko, iż: *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy”*.

Na marginesie odwołujący zauważył, że jest świadom, iż zobowiązanie gwarancyjne ma charakter abstrakcyjny. Podkreślił przy tym, iż na obecnym etapie, po zbadaniu oferty przez zamawiającego, przesłanka dotycząca wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki nie zaistniała i nie ma możliwości zaistnieć. Zaznaczył również, że gwarancja złożona przez niego jest daleko bardziej ogólna, aniżeli przepisy ustawy Pzp, w związku z czym ochrona zamawiającego, która została przyznana na podstawie gwarancji jest szersza, aniżeli w przypadku, gdyby stosować literalnie przepisy ustawy. Dodał, że w pkt a) złożonej przez niego gwarancji, zawarte jest domniemanie winy odwołującego. Zgodnie zaś z przepisami to zamawiający winien wykazać winę wykonawcy, co niesie za sobą dodatkowe trudności po stronie zamawiającego w kontekście tego obowiązku. Tym samym – zdaniem odwołującego - gwarancja przyznaje zamawiającemu szerszą ochronę aniżeli taka, która literalnie i technicznie odtwarzałaby przepisy ustawy Pzp. Zamawiający w razie realizacji tej gwarancji ma daleko bardziej ułatwione zadanie, aniżeli wtedy, gdyby gwarancja odzwierciedlała literalnie/technicznie przepis ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że pozycja zamawiającego jest daleko bardziej wzmocniona dzięki takiemu brzmieniu gwarancji bankowej, albowiem przesłanka winy jest najważniejszą okolicznością skutkującą odpowiedzialnością wykonawcy i niezwykle trudną do wykazania. W konsekwencji, twierdzenia zamawiającego o „zawężeniu” przesłanek do realizacji wadium w myśl ustawy Pzp, nie znajdują potwierdzenia.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że zamawiający zaniechał wykładni treści gwarancji wadialnej poprzestając jedynie na jej literalnym odczycie, co jest sprzeczne z ustawą Pzp. Wskazał, iż gwarancja wadialna zawiera oświadczenie woli, które podlega ogólnym regułom wykładni wskazanym w art. 65 ust. 1 i 2 KC. Odwołujący powołał się w tym zakresie

na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroki o sygn. akt: KIO 150/12, KIO 54/2011, KIO 401/12, KIO 333/11, KIO 2593/17, KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13, KIO 765/13, KIO 784/13, a także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). Z kolei za wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1645/12 podał, że ustawa Pzp nie wymaga przytoczenia w treści gwarancji wszystkich przesłanek zatrzymania wadium.

W opinii odwołującego, zamawiający nie dokonał wykładni oświadczenia woli w myśl art. 65 KC, a poprzestał wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu gwarancji z tekstem przepisów, bez uwzględnienia celu, okoliczności, skutków danego oświadczenia woli i tym samym naruszył art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 KC.

Odwołujący ponownie podkreślił, iż gwarancja przedłożona przez niego wraz z ofertą zawierała wszystkie sytuacje wskazane w ustawie Pzp, a nadto precyzyjnie określała przedmiot postępowania i podmioty w nim występujące. Jego zdaniem, zamawiający dokonując wykładni treści gwarancji powinien zwrócić uwagę, iż gwarant udzielił zabezpieczenia w tym konkretnym postępowaniu, jednoznacznie określonym i w oparciu o tą informację należy interpretować kolejne postanowienia gwarancji. Nie do przyjęcia jest stanowisko, iż gwarant zamierzał pominąć określone sytuacje objęte przepisami, czy SIWZ, skoro szeroko określił sytuacje objęte ochroną oraz powołał w sposób jednoznaczny postępowanie, w którym udziela ochrony. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 632/17, podał, iż nieuprawnionym jest pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia zamawiającemu w tym konkretnym postępowaniu. Podkreślił, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie całkowicie nieprzydatnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności banku, jak i racjonalnemu działaniu odwołującego i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron.

Zdaniem odwołującego, złożona przez niego gwarancja wadialna została oceniona w sposób nierzetelny i nieprawidłowy. Zamawiający zastosował wobec odwołującego surowsze wymagania aniżeli wynikające z SIWZ. W rozdziale VIII SIWZ ust. 6 zamawiający określił, iż: *„Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP”*. Natomiast, odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający postawił warunek surowszy, który nie został wskazany w SIWZ, tj. przedłożenia gwarancji,

w której literalnie zostaną wskazane okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, stawiając warunek, który nie jest wprost wyrażony w SIWZ, zamawiający naruszył reguły konkurencji poprzez ustalenie niejasnego kryterium oceny gwarancji wadialnej.

Ponadto, odwołujący podniósł, iż wskutek nadmiernego formalizmu przy ocenie gwarancji zamawiający sprawił, że zamówienia dotyczącego części 2 zamówienia nie może otrzymać odwołujący, który zaproponował cenę aż o prawie 12,5 miliona złotych niższą od kolejnej oferty. Zdaniem odwołującego, jest to szczególnie dotkliwe dla samego zamawiającego, który wskutek nieuzasadnionego formalizmu traci możliwość wyboru oferenta z bardzo dużym doświadczeniem, który w ramach konsorcjum będzie współdziałał z polskim partnerem. Podkreślił, iż jest to jedyne konsorcjum, które będzie wykonywać zamówienie z polskim partnerem. Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia racjonalności i gospodarności postępowania, a także interesu samego zamawiającego, formalizm w tym zakresie jest niezrozumiały i niezasadny.

W dniu 20 sierpnia 2018 roku zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią drogą elektroniczną. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania) żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 31 sierpnia 2018 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron - zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, w której wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, według spisu przedłożonego na rozprawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), oferty odwołującego wraz z załączonym dokumentem gwarancji przetargowej nr 907419 dotyczącym części 2 zamówienia oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 10.08.2018 r.

Izba dopuściła również dowód z dokumentu złożonego przez odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron, tj. zaświadczenia dotyczącego znaczenia angielskiego słowa „notice”.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 sierpnia 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach Projektu: *„Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku”* w zakresie podczyszczenia toru wodnego i refulacji polegającej na wbudowaniu urobku piaszczystego pochodzącego z robót czerpalnych w brzeg morski. Zamówienie zostało podzielone na dwie niezależne części:

- 1) Część 1 – wykonanie modernizacji toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku na długości 4200 m;
- 2) Część 2 – wykonanie modernizacji toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku na długości 2220 m;

W rozdziale VIII SIWZ zatytułowanym *Wymagania dotyczące wadium* w pkt 6 zamawiający podał, że: *„Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP”*. Z kolei w pkt 7 zamawiający wskazał, że: *„Oferta wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona”*.

Odwołujący do oferty załączył dokument gwarancji przetargowej o numerze 907419. W treści gwarancji wskazano krótki opis zamówienia: *„Wykonanie robót budowlanych na projekcie: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku” – część druga zamówienia”*. Podano też nazwę i adres Beneficjenta. Z dalszej treści gwarancji przetargowej wynika, iż MUFG Bank (Europe), będący wystawcą gwarancji, zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty dowolnej kwoty lub kwot nie przekraczającej (-ych) łącznie kwoty 700 000,00 zł po otrzymaniu od Zamawiającego (Beneficjenta) pisemnego żądania oraz pisemnego oświadczenia (zawartego w żądaniu)m stwierdzającego, iż:

„(a) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw nie złożył ich w wyznaczonym terminie, chyba że wykaże on, iż niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie; lub

(b) Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie; lub

(c) Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

(d) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.”

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2018 roku zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w ramach części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z uwagi na to, że wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał m.in., iż gwarancja wadialna wniesiona przez wykonawcę „ (...)nie zawiera w swej treści zapisów gwarantujących wypłatę kwoty gwarancyjnej w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma możliwości skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.(...)”. Zamawiający powołał się na liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i reasumując stwierdził, że: „(...) Określenie warunków zapłaty wadium w sposób węższy aniżeli warunki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, powoduje, że wadium nie może być uznane za prawidłowo wniesione. Z funkcji zabezpieczającej wadium wynika, że forma jego wniesienia musi dawać Zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną) w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Dokument stanowiący wadium nie podlega uzupełnianiu. Wadium nie jest częścią oferty, stanowi jedynie jej zabezpieczenie, zatem nie jest możliwe poprawienie w/w dokumentu zawierającego błędy.

Niezłożenie wadium bądź złożenie gwarancji wadialnej obarczonej błędem skutkuje odrzuceniem oferty”.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty w ramach części 2 zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Z kolei przepis art. 46 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Istota sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do oceny treści dokumentu gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego w postępowaniu w ramach części 2 zamówienia, tj. ustalenia, czy gwarancja ta, złożona tytułem wadium, obejmuje wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, określone w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji ustalenia czy odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy i tym samym uznała, że czynność odrzucenia oferty odwołującego w ramach części 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp była prawidłowa.

O ile za chybione, Izba uznała, powoływanie się przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na przepis art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, w tym w szczególności na punkt 3, albowiem w ocenie Izby okoliczności ujęte w dyspozycji tego przepisu znalazły swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji, o tyle uzasadnione jest stwierdzenie, iż treść gwarancji nie obejmuje wszystkich przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, umożliwiających realizację gwarancji.

W odniesieniu do przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp należy stwierdzić, że interes zamawiającego – wbrew wywodom odwołującego – nie jest zabezpieczony, co najmniej w odniesieniu do sytuacji związanej z nie wyrażeniem przez wykonawcę 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.

Nie ulega wątpliwości – co wielokrotnie zostało wyrażone w orzecznictwie Izby – iż w treści dokumentu gwarancji wadialnej nie muszą być wymienione wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ treść gwarancji może np. zawierać wyłącznie odwołanie się do tych przepisów, bez powtarzania ich treści, czy też ogólne odesłanie do okoliczności opisanych w ustawie Pzp (por. wyrok KIO z dnia 14.10.2014 r. sygn. akt KIO 2016/14, czy wyrok KIO z dnia 1.10.2013r. sygn. akt KIO 2227/13 i 2229/13). Treść gwarancji może zawierać też odmienne (od tych ustawowych) sformułowania. Jednakże każdorazowo, gwarancja wadialna, powinna swoim zakresem obejmować wszystkie przesłanki (okoliczności), o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Treść gwarancji powinna być tak sformułowana, aby także przy pomocy wykładni, można było ustalić w sposób nie budzący wątpliwości, iż obejmuje ona wszystkie przesłanki wyrażone w ww. przepisach. Nie budzi też wątpliwości, że gwarancja czy to bankowa, czy ubezpieczeniowa, może i podlega wykładni.

Podnieść należy, że dość szczegółowe wskazanie w przedmiotowym dokumencie gwarancji przesłanek realizacji tej gwarancji, również implikuje sposób dokonania wykładni tego dokumentu. Otóż, z treści przedłożonej przez odwołującego gwarancji bankowej wynika, że bank (gwarant) zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty wadium po otrzymaniu od zamawiającego (beneficjenta) pisemnego żądania oraz pisemnego oświadczenia, stwierdzającego, iż:

„(a) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw nie złożył ich w wyznaczonym terminie, chyba że wykaże on, iż niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie; lub

(b) Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie; lub

(c) Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

(d) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.”

Z powyższego wynika, że przesłanki realizacji gwarancji, o której mowa powyżej, zostały w niej opisane jasno i w sposób szczegółowy.

Przesłanka opisana w pkt a) przedmiotowej gwarancji referuje do okoliczności wskazanych w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym: *zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.*

Biorąc pod uwagę treść przedmiotowego dokumentu wadialnej gwarancji bankowej, Izba stwierdza, iż nie obejmuje on swoim zakresem przesłanki opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a dotyczącej nie wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby sformułowanie „*nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej*” nie mieści się w zakresie treściowym przesłanki opisanej w dokumencie gwarancji, iż: „*Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw nie złożył ich w wyznaczonym terminie, chyba że wykaże on, iż niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie*”. Są to bowiem całkowicie odmienne sytuacje.

W ocenie Izby, odwołujący wywodząc, iż okoliczność dotycząca kwestii poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp została zawarta w sformułowaniu „*uzupełnienie dokumentów*” dokonał w istocie wykładni rozszerzającej, a przez to nieuprawnionej. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 listopada 2016 roku, sygn. akt: KIO 2179/16: „*Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł.*”

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż przy ustalaniu zakresu treściowego gwarancji wadialnej zamawiający nie jest zobowiązany do posiłkowania się oryginalną (tu: angielską) wersją dokumentu. Zasadą jest, iż postępowanie prowadzone jest w języku polskim, a dokumenty sporządzone w innych językach, wykonawca ma obowiązek złożyć wraz z ich tłumaczeniem. Niemniej jednak nawet, gdyby przyjąć, iż odwołujący słusznie powołuje się na znaczenie danego słowa w oryginale, to i tak Izba nie widzi podstaw do uznania, iż dokument gwarancji, obejmuje swym zakresem treściowym okoliczność związaną z nie wyrażeniem zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W żaden sposób nie przesadza tego stwierdzenie, iż angielskie słowo „*notice*” oznacza w tłumaczeniu na język polski zarówno wezwanie, jak i zawiadomienie, powiadomienie, uprzedzenie lub zgłoszenie. Nawet, jeśli przyjąć, iż słowo to oznacza również

„zawiadomienie”, to i tak z dalszej części przesłanki opisanej w punkcie a) przedmiotowej gwarancji, nie sposób wywieść, że dotyczy ona sytuacji, w której wykonawca nie wyraża zgody na poprawienie omyłki w treści oferty na skutek zawiadomienia zamawiającego, nawet przy szerokim rozumieniu słowa „dokument”. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż wyrażenie „uzupełnienie dokumentów” obejmuje swoim zakresem również każdą „zmianę oferty”, z uwagi na to, że oferta jest dokumentem. Zdaniem odwołującego wyrażenie zgody na korektę oferty zawiera się w zwrocie „uzupełnienie dokumentów”. Taka interpretacja stanowi w istocie wykładnię rozszerzającą. Ponadto, należy wskazać, iż nie jest tak, jak twierdzi odwołujący, że wykonawca nie może zgodzić się na dokonanie korekty oferty milcząco, poprzez brak negacji. Wręcz przeciwnie, przyjmuje się, że wykonawca może w sposób dorozumiany wyrazić zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zatem, zamawiający prawidłowo przyjął, iż dokument gwarancji, złożony przez odwołującego nie obejmuje swoim zakresem wszystkich przesłanek, wynikających z powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp. Możliwość dysponowania wadium przez zamawiającego musi być pewna i jednoznacznie wynikać z postanowień zawartych w treści gwarancji bankowej. W odniesieniu do powyższej sytuacji tak nie jest.

Nie było też podstaw – wbrew twierdzeniom odwołującego - do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Dokument gwarancji wadialnej nie stanowi bowiem treści oferty, a tym samym nie ma do niego zastosowania przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w tym zakresie podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 22 grudnia 2017 roku, sygn. akt KIO 2593/17. Abstrahując od powyższego, nie sposób uznać, iż w niniejszej sprawie, zaistniały wątpliwości co do treści dokumentu gwarancji, które uzasadniałyby wystosowanie wezwania do wyjaśnień.

Natomiast, Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż z uwagi na to, że ustawa Pzp wyraźnie rozgranicza pojęcia: „dokument”, „oświadczenie” i „pełnomocnictwo”, to istniałoby ryzyko, że gwarant nie wypłaciłby kwoty wadium, albowiem w wezwaniu do wypłaty wystąpiłoby pojęcie „oświadczenia”, a nie „dokumentu”, czy „pełnomocnictwa”, które to kategorie pojęć gwarancja obejmuje. W tym przypadku – w ocenie Izby – w pełni uzasadnione jest przyjęcie argumentacji odwołującego, że wyraz „dokumentów” użyty w treści gwarancji

wadialnej obejmuje swoim zakresem pojęciowym jeden z rodzajów dokumentów, tj. oświadczenia.

W konsekwencji stwierdzić należy, że zakres odpowiedzialności gwaranta, wynikający z treści dokumentu gwarancji przetargowej złożonej przez odwołującego, obejmuje wszystkie przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, za wyjątkiem sytuacji, dotyczącej nie wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej (opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). W tym też zakresie interes zamawiającego nie jest zabezpieczony w sposób należyty. Bez znaczenia dla oceny dokumentu gwarancji pozostaje kwestia, czy konieczność poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zachodziłaby w przypadku oferty odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia *do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) *wpis, obejmujący w szczególności (...)*
- 2) *uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:*
 - a) *koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,*
 - b) *wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.*

Zgodnie zaś z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia *w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę:*

1) Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz związane z jego dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby i rozprawę w wysokości 300,00 zł, (potwierdzone fakturami VAT, złożonymi na rozprawie), które to koszty w łącznej wysokości 3 900,00 zł, Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego jak w punkcie 2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: