

Sygn. akt: KIO 1257/20

**WYROK**  
**z dnia 16 lipca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 roku przez Wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego Wykonawcy **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego **w trybie przetargu nieograniczonego**, na Budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią ścieków w drogach dojazdowych do ul. Kościelna Droga - Etap 1". Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: JRP/ZWIK/ZP/PN/08/02/2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 marca 2020 roku pod nr 2020/S 047-112135. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 8 czerwca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Powyższej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
2. naruszenie art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (dalej KC) , przez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że treść gwarancji pozbawia zamawiającego możliwości zrealizowania jej,
3. naruszenie art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonego dokumentu wadliwego, w sytuacji, gdyby w stosunku do jego treści powstały po stronie Zamawiającego wątpliwości.
4. Co w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 91 ust 1 w zw. z art, 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego

co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta zgodnie z rankingiem ofert wynikającym z danych udostępnionych po czynności otwarcia ofert, przy uwzględnieniu mających zastosowanie kryteriów oceny ofert, byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Wskutek czynności odrzucenia oferty Odwołującego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia wniesienia wadium wynoszącego 200 000 zł. (pkt 14.1.SIWZ).

W postępowaniu Zamawiający, zgodnie z art 45 ust 6 Pzp dopuszczał wniesienie wadium w formach niepieniężnych - w szczególności w formie gwarancji ubezpieczeniowej (pkt 14.3.3. SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej wystawionej przez PZU SA.

Gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą, którą zabezpiecza w postępowaniu została wystawiona:

- na wymaganą w postępowaniu sumę wadialną wynoszącą 200 tyś. zł.

1. Biorąc pod uwagę fakt, że Oferent składa Beneficjentowi ofertę w przetargu wymienionym w § 1 ust. 2, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 200 000,00 zł (słownie kwota i symbol waluty: dwieście tysięcy złotych, 00/100) — suma gwarancyjna.

- identyfikuje w sposób prawidłowy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym oferta złożona przez Zleceniodawcę gwarancji jest składana.

Identyfikacja wskazuje zarówno na właściwy tytuł postępowania zgodny z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ jak również wskazuje na prawidłowy i pełny numer sprawy której dotyczy wystawiony dokument gwarancyjny. Zgodnie z wystawioną gwarancją:

2. Gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przetargu na „Budowa sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią ścieków w drogach dojazdowych

do ul. Kościelna Droga — Etap 1. Numer referencyjny: JRP/ZWIK/ZP/PN/08/02/2020. ogłoszonym przez Beneficjenta i roszczenie z jej tytułu powstaje, gdy:

- gwarancja wskazuje na obowiązujący w SIWZ termin ważności wadium, skorelowany z terminem związania ofertą wykonawcy w przedmiotowym przetargu.

### § 3

1. Gwarancja obowiązuje od dnia 16.04.2020r. do dnia 16.06.2020r. włącznie i tylko wezwanie do zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na wskazany w 8 pkt 1 adres korespondencyjny, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w 5 2 ust. 2, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

Wykonawca zlecając wystawienie gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej do Gwaranta -PZU SA przekazał Gwarantowi pełną dokumentację postępowania, w tym w szczególności, obowiązujący w postępowaniu SIWZ identyfikujący Zamawiającego jako Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. ul. Rolnicza 244, 05-092 Łomianki.

Jak wynika z oświadczenia Gwaranta adresowanego do Zamawiającego (Załącznik do Odwołania) przyczyną błędnej identyfikacji w wystawionym dokumencie gwarancyjnym jej beneficjenta była omyłka edytorska po stronie wystawcy dokumentu - Gwaranta.

Najprawdopodobniej źródłem błędu był fakt równoległego wystawiania na zlecenie Odwołującego Rokom, przez tego samego Gwaranta, kilku gwarancji jednocześnie, w tym 4 na rzecz Zarządu Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa i jednej na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o.

Zgodnie z dokumentacją postępowań o zamówienie publiczne dla których Gwarant wystawiał gwarancję na zlecenie Rokom w przetargu ZDM Warszawa - było to postępowanie pn. Wykonanie robót budowlanych dla zadań z budżetu obywatelskiego z podziałem na 8 części link do postępowania [https://zdm.waw.pl/zamowienia\\_publiczne/zdm-um-dzp-23-pn-20-20/](https://zdm.waw.pl/zamowienia_publiczne/zdm-um-dzp-23-pn-20-20/)

Nawet łączna wysokość wszystkich wadium dla wszystkich zadań wynosiła 189 500 zł podczas gdy w przedmiotowym 200 000 zł a dodatkowo Rokom składał w tym postępowaniu ofertę tylko na zadania 1,5,7,8 - uzyskując odrębne gwarancje PZU SA (łączna suma 95 700 zł).

Ponadto, podmiot ten nie prowadził postępowań na przedmiot zamówienia stanowiący przedmiot przetargu Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o.

Nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia z sytuacją, gdy gwarancja wadialna wystawiona w formie gwarancji ubezpieczeniowej, podpisanej kwalifikowanym podpisem przez jej wystawców, zgodnie z wymaganiami SIWZ, dotyczy wyłącznie aktualnego postępowania Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. i zabezpiecza ofertę Rokom, wraz z którą została złożona.

Beneficjent wskazany omyłkowo w treści gwarancji wadialnej nie prowadzi ani też nie prowadził takiego postępowania o zamówienie publiczne, co potwierdzają powyższe informacje.

Jedyna wadliwość gwarancji, która stała się podstawą odrzucenia oferty Rokom w aktualnym postępowaniu, dotyczy omyłkowego wskazania jako beneficjenta:

ZAMAWIAJĄCY:

Miasto Stołeczne Warszawa pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa NIP: 5252248481, REGON: 015259640.

Jak wynika z treści uzasadnienia prawnego oraz faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający uznał, że wadium nie zostało skutecznie wniesione i zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 7b) Pzp oferta Rokom została z tego powodu odrzucona.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Zamawiający powołuje się na wymagania SIWZ dotyczące konieczności identyfikacji beneficjenta gwarancji - Rozdział 14 pkt 14.5.4 SIWZ.

Dodatkowo Zamawiający powołuje się na własne negatywne doświadczenie z ubezpieczycielami/gwarantami wskazując: *Zamawiający w związku z prowadzoną przez siebie statutową działalnością ma dużo negatywnych doświadczeń z firmami ubezpieczeniowymi, które "chwytają się" każdego nawet najdrobniejszego szczegółu (omyłki, pomyłki), aby ograniczyć swoją odpowiedzialność (od ograniczenia wypłaty aż do odmowy wypłaty świadczeń) wynikających z zawartych umów ubezpieczeniowych.*

Jak wynika jednak z oświadczenia Gwaranta złożonego wraz z odwołaniem w przedmiotowej sprawie i adresowanym bezpośrednio do Zamawiającego-Beneficjenta gwarancji (złożonym w oryginale do Zamawiającego przed wniesieniem odwołania), sytuacja taka nie ma miejsca w sprawie.

Gwarant wprost potwierdza, że:

*„gwarancją”), w związku z oczywistą omyłką w oznaczeniu Zamawiającego niniejszym potwierdza ważność i skuteczność zabezpieczenia zapłaty wadium udzielonego na zlecenie Wykonawcy: Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa, NIP: 5242750411, REGON: 146076270 w przetargu na „Budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią ścieków w drogach dojazdowych do ul. Kościelna Droga — Etap 1 Numer referencyjny JRP/ZWIK/ZP/PN/08/02/2020, w którym są Państwo Zamawiającym.*

Oświadczenie potwierdzające pewność wypłaty sumy gwarancyjnej zostało złożone przez osoby uprawnione, a jednocześnie osoby wystawiające gwarancję złożoną wraz z ofertą w imieniu PZU SA.

W tej sytuacji negatywne doświadczenie własne, na jakie powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Rokom, nie znajdują odniesienia do przedmiotowej sprawy.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty akcentuje dodatkowo, że:

*Zamawiający nie miał absolutnej pewności co do tego, że gdyby doszło do przypadku określonego w ustawie, który uprawniałby Zamawiającego do skorzystania z zabezpieczenia, to kwota wadium została mu wypłacona*

Jak wynika z powyższego stanu faktycznego sprawy w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do gwarancji jaka została złożona przez Rokom sytuacja taka również nie ma miejsca.

Gwarant w pełni potwierdza, że w przypadku konieczności wypłaty sumy gwarancyjnej omyłkowa identyfikacja nazwy beneficjenta nie spowoduje podstaw do odmowy wypłaty Zamawiającemu sumy wadialnej a Gwarant w takiej sytuacji nie uchyli się od decyzji o wypłacie, co wprost znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia Gwaranta.

Oświadczenie wystawcy gwarancji będące w posiadaniu Zamawiającego rozwiewa wszelkie wątpliwości w przedmiocie zakresu czy precyzyjniej - adresata zobowiązania objętego gwarancją. Towarzystwo ubezpieczeniowe wprost wskazuje, iż nie odrzuci wezwania od faktycznego jej beneficjenta tylko dlatego, że w treści gwarancji wskazano omyłkowo ZDM.

Po drugie powyższe oświadczenie nie stanowi zmiany treści gwarancji ubezpieczeniowej ani wniesienia nowego wadium, ale jedynie dokument dowodowy, który należy uwzględnić przy ocenie i interpretacji pierwotnie przedstawionej gwarancji obowiązującej od początku terminu związania ofertą, i jako taki nie stanowi naruszenia dyspozycji jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. W szczególności nie zachodzi tu przypadek rozszerzenia zakresu obowiązywania gwarancji, tj. katalogu przypadków wadium wpisanego pierwotnie w jej treści.

Tym samym nie może być mowy o jakimkolwiek ryzyku czy też zagrożeniu braku zaspokojenia roszczenia Zamawiającego do wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Skoro zatem zasadniczą podstawą odrzucenia oferty w związku ze złożonym wadium były obawy Zamawiającego o pewność zaspokojenia się w przypadku zmaterializowania się w postępowaniu przesłanki zatrzymania wadium, to jak wynika z powyższego, obawy te są całkowicie bezpodstawne.

#### Cel złożenia dokumentu gwarancji wadialnej.

Nie ulega wątpliwości, że forma dokumentu wadialnego nie jest celem samym w sobie. Jak wskazuje się w orzecznictwie, w przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że w celu ustalenia prawidłowości wniesienia wadium należy dokonać ustalenia, czy Zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu w formie w jakiej został on Zamawiającemu przekazany, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia i mógł zrealizować swoje uprawnienia.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Izby, zgodnie z którym o skuteczności wniesienia wadium nie mogą przesądzać kwestie techniczne, tj. sposób przekazania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium i nie mogą one dominować nad istotą tej instytucji, jaką jest - najogólniej rzecz ujmując - zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą tak orzeczenie KIO Sygn. akt KIO 338/19 wyrok z dnia 14 marca 2019 r, analogicznie: Sygn. akt: KIO 531/17 wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r.

*Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie Zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie Zamawiającemu wypłacona.*

Orzecznictwo KIO wielokrotnie podkreślało, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wysoce sformalizowane, to jednak ów formalizm nie jest istotą tej procedury.

Tak przykładowo orzeczenie:

Sygn. akt: KIO 412/18 wyrok z dnia 19 marca 2018 r.

*Postępowanie takie jest przecież sformalizowane, przy czym formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, ale służy przede wszystkim realizacji zasad udzielenia zamówień określonych w rozdziale II, dziale 1 Pzp. O nadmiernym formalizmie postępowania można mówić w sytuacji gdy co najmniej nie ma on wpływu na określone ww. przepisach zasady lub wpływ ten powoduje ich naruszenie.*

Tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 kwietnia 2013 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 746/13 analogicznie, GSK 4132/17 - Wyrok NSA

*W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie jest celem samym w sobie, ale ma służyć realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 kwietnia 2013 r., KIO 678/13, LEX nr 1683929).* Tak również wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku; sygn. akt X Ga 23/07.

W ocenie Odwołującego przepis art. 89 ust 7b Pzp należy jak każdy przepis sankcyjny - dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne - wyklądać w sposób ścisły nie zaś rozszerzający. Z pewnością w sprawie podstawą odrzucenia oferty

Odwołującego nie jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do formy w jakiej wykonawca powinien wnieść w postępowaniu wadium.

Zatem przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego należy upatrywać wyłącznie w takim wniesieniu wadium, które nie daje gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego i pewności wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonej w ustawie Pzp i mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wynika z treści dokumentu gwarancyjnego złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą, takiego zagrożenia faktycznie nie ma.

Dodatkowo należy podkreślić, że wyłącznie uprawnionym z tytułu gwarancji wadialnej jest jej Beneficjent, a więc Zamawiający nie zaś zleceniodawca jej wystawienia - wykonawca. Stosunek gwarancji jest bowiem zobowiązaniem własnym gwaranta - towarzystwa ubezpieczeniowego wobec beneficjenta.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn. akt 54/11, Izba wskazała, iż: „omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że „w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art 65 KC, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.(...)”.

Niewątpliwym dla Odwołującego jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - PZU S.A.) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.

Z kolei w innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy i art. 65 KC. Izba nie podziela opinii jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna (...) (por. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., w sprawie 765/13 784/13)..

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy, przy uwzględnieniu potwierdzającego oświadczenia Gwaranta, w szczególności oczywiście omyłkowa identyfikacja beneficjenta gwarancji nie prowadzi do „nieważności” gwarancji ubezpieczeniowej czy niemożliwości zaspokojenia się zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie jest możliwe uznanie wadium za niewniesione i odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt



7b Pzp.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 KC. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem - gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest ubezpieczyciel wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji.

W wyroku KIO z dnia 8 października 2009 r. Izba podniosła z kolei, że: „W odróżnieniu od czynności procesowych (w rozumieniu kpc, jak i ustawy oraz jej przepisów wykonawczych) regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy wnoszenia niezbędnych dla wywołania określonych, procesowych skutków prawnych, oświadczenia woli wywołujące skutki zobowiązaniowe, takie jak oferty wykonania zamówienia publicznego czy gwarancje wadialne składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia również podlegały będą tego rodzajowi wykładni w szerokim zakresie wpływu na ich znaczenie zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretację w ramach regulujących przepisów. (vide. KIO/UZP 1401/09, LEX nr 533265).

Zgodnie z argumentacją zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. wydanego w sprawie sygn. akt KIO 883/11 zwrócić należy uwagę na znaczenie jakie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony na dążenie do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku Sygn. akt: KIO 632/17 z dnia 24 kwietnia 2017 r. - powstaje 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 k.c. 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. W ocenie Izby zgodzić bowiem się należy z poglądem, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli.

Uwzględnienie celu umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt jego wyartykułowania przez wystawcę gwarancji (gwaranta) w komparycji gwarancji,

w sytuacji, gdy strony nie miały wątpliwości, jakiego podmiotu ma dotyczyć ochrona, tym bardziej, że istota i sens udzielenia gwarancji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jasny, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione.

Nieuprawnionym jest pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym postępowaniu. Odwołanie się w treści gwarancji przez Gwaranta do postępowania, które ogłosił i prowadzi Beneficjent, któremu oferent złoży ofertę i na rzecz którego Gwarant zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną, pozwala na przyjęcie, przy uwzględnieniu kontekstu językowego, iż omyłkowym jest oznaczenie jako beneficjenta Miasta Stołecznego Warszawy, które nie prowadzi tego postępowania i któremu nie złożono tej oferty.

Wynikająca z gwarancji sprzeczność w zakresie wskazanego w niej podmiotu zamawiającego i przedmiotu zamówienia, którego ochrony dotyczy i brak tożsamości pomiędzy tymi informacjami, podlega usunięciu w drodze wykładni, jednakowoż bowiem jest nie do pogodzenia, przy uwzględnieniu celu umowy i profesjonalnego charakteru podmiotu ubezpieczyciela, zobowiązanego do zachowania należytej staranności i obarczonego skutkami jej niezachowania w sytuacji, w której intencje drugiej strony umowy nie budzą wątpliwości (prawidłowe zabezpieczenie Zamawiającego).

Przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (wyrok SN z dnia 4.06.2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, niepubl.). W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, 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 niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującego i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem.

Złożona w postępowaniu w charakterze wadium przetargowego gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści, tj. PZU SA wystawiający gwarancję zobowiązał się do zapłaty sumy gwarantowanej na rzecz beneficjenta gwarancji organizatora konkretnego przetargu w konkretnym i wskazanym postępowaniu (z przywołaniem przedmiotu zamówienia) w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami ustawy, we właściwych dla wskazanego przetargu terminach związania ofertą.

Powyższe pozwala na ustalenie, iż celem wystawianej w dobrej wierze gwarancji wadialnej jest zabezpieczenie interesów beneficjenta, który rzeczywiście może być podmiotem praw i obowiązków z niej wynikających, lub inaczej: zobowiązanie gwaranta do zapłaty sumy gwarantowanej dotyczy zaspokojenia rzeczywistego beneficjenta gwarancji, którym zarówno w opinii Odwołującego, jak i Gwaranta jest Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o.

Podkreślić przy tym należy, że *„Prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjnie (KIO w wyroku z 9.5.2011 r., KIO 881/11).*

Wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, towarzystwo ubezpieczeniowe zobowiązało się do wypłaty kwoty gwarantowanej na żądanie podmiotu zamawiającego, który prowadzi przedmiotowe postępowanie przetargowe, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności niezależnie od błędu w oznaczeniu „firmy” beneficjenta. Tym samym ten błąd w gwarancji nie prowadzi w tym przypadku do niemożliwości uzyskania kwoty gwarantowanej Zamawiającemu w sytuacjach w ustawie określonych i nie uzasadnia stwierdzenia braku przedłożenia ważnego wadium przez Odwołującego.

Istotne, z punktu widzenia analizowanego stanu faktycznego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wadium zabezpiecza Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Mając zatem na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniającego jego typowe funkcje i pozwalającego Zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje na dopuszczalność, w jego ocenie, zastosowania w zakresie odnoszącym się do treści gwarancji wadialnej, przepisu art. 87 ust 1 Pzp i wyjaśnienie powyższej omyłki, której to procedury zaniechał Zamawiający, pomimo że (co wynika wprost z uzasadnienia odrzucenia oferty) jest w pełni świadom niespójności w jej treści.

Zasadność i dopuszczalność zastosowania w sprawie procedury wyjaśniającej potwierdza orzecznictwo KIO, tak przykładowo wyrok Izby sygn. KIO 632/17 z dnia 24 kwietnia 2017 r. uwzględniający aktualne brzmienie przesłanki odrzucenia oferty:

*Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do podmiotowej ochrony, wynikającej z treści spornej gwarancji, miał możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art 87 ust 1 ustawy P.z.p. Zaniechanie w tym względzie w żadnym razie nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż brak było podstaw do żądania "wyjaśnień, bowiem treść gwarancji nie budziła wątpliwości i dodatkowo, że nie stanowi ona treści oferty. Konieczność wniesienia wadium staje się w tym wypadku warunkiem sine qua non ważności samej oferty - w szczególności przy uwzględnieniu okoliczności, że w wyniku ostatniej nowelizacji brak wadium skutkuje jej odrzuceniem, a nie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zatem aby uchronić się przed takimi konsekwencjami (tj. wyeliminowaniem oferty z postępowania) 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*

Tym samym nie istnieje jakiegokolwiek zagrożenie dla uprawnienia Zamawiającego do realizacji gwarancji powiązane z treścią gwarancji jaką dysponuje beneficjent.

Podsumowując, jak wynika z powyższych ustaleń, w postępowaniu doszło, z naruszeniem Pzp, do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, która przełożyła się w sposób bezpośredni na wynik postępowania.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 15 czerwca 2020 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2020 roku wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 29 maja 2020 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także

innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp są chybione.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ) w pkt 14 Zamawiający ustanowił następujące wymagania dotyczące wadium:

#### **14.1. WYSOKOŚĆ WADIUM**

Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 200 000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy 00/100).

#### **14.2. TERMIN WNIESIENIA WADIUM**

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego Zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy znajdzie się na rachunku Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

#### **14.3. FORMA WNIESIENIA WADIUM**

Wadium może być wniesione w następujących formach:

14.3.1. pieniądzu,

- 14.3.2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
  - 14.3.3. gwarancjach bankowych,
  - 14.3.4. gwarancjach ubezpieczeniowych,
  - 14.3.5. poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016r., poz. 359 i 2260 oraz 2017r. poz. 1089).
- 14.4. Złożenie wadium w innej formie niż wskazana w SIWZ, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy.
- 14.5. MIEJSCE I SPOSÓB WNIESIENIA WADIUM
- 14.5.1. W przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej należy dokonać przelew na rachunek bankowy Zamawiającego: Mazowiecki Bank Spółdzielczy w Łomiankach 23 8009 0007 0012 3086 9001 0030 z dopiskiem: „Wadium w postępowaniu nr JRP/ZWIK/ZP/PN/08/02/2020.  
Należy pamiętać, że wadium w formie pieniężnej będzie wniesione skutecznie jedynie w przypadku uznania konta Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.
  - 14.5.2. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dokument gwarancyjny złożony w formie elektronicznej musi być opatrzony certyfikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do wystawienia gwarancji.
  - 14.5.3. W przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (konsorcjum), gdy wadium wnoszone jest w postaci pieniądza, wraz z potwierdzeniem przelewu lub dowodem wpłaty należy złożyć dokument (np. oświadczenie) potwierdzający, że wnoszący je Wykonawca (np. lider), wnosi je w imieniu wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w imieniu własnym. Powyższe może również wynikać z pełnomocnictwa, bądź z umowy konsorcjum.
  - 14.5.4. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej / gwarancji ubezpieczeniowej/ poręczenia, z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:
    - 14.5.4.1. nazwa dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji /poręczenia (Zamawiającego), gwaranta /poręczyciela (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,

- 14.5.4.2. określenie wiarygodności, która ma być zabezpieczona gwarancją / poręczeniem;
- 14.5.4.3. kwotę gwarancji / poręczenia,
- 14.5.4.4. termin obowiązywania - ważności gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą;
- 14.5.4.5. miejsce i termin zwrotu gwarancji;
- 14.5.4.6. bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta/poręczyciela (banku, instytucji ubezpieczeniowej) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji), zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego oferta została wybrana:
- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
  - 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
  - 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub
  - 4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579), 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.

14.5.5. W przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (konsorcjum), gdy wadium wnoszone jest w formie gwarancji, Zamawiający wymaga, aby zostało ono wniesione przez wszystkich członków konsorcjum lub zawierało informację, że wnoszący je Wykonawca (np. lider), wnosi je w imieniu wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w imieniu własnym.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wadium w postaci Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium o Nr Gwo/230/2020/091, w której jako Zamawiającego wskazano Miasto Stołeczne Warszawa pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd

Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa NIP: 5252248481, REGON: 015259640. Stanowiło to podstawę do uznania przez Zamawiającego, iż została spełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, tj. wadium do przedmiotowego postępowania zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

Przepis ten nakłada na Zamawiającego jednoznaczny obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zabezpieczył jej za pomocą wadium w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą oraz z zapisami SIWZ.

Bezspornym dla stron była okoliczność, iż w treści gwarancji jako „Zamawiający” zostało wskazane Miasto Stołeczne - Warszawa a nie Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach tj. Zamawiający, prowadzący przedmiotowe postępowania, co jednoznacznie potwierdza, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie została wystawiona dla właściwego Zamawiającego, lecz dla innego podmiotu.

Dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci Wniosku Uproszczonego złożonego przez Odwołującego do ubezpieczyciela, na podstawie którego została wystawiona Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr Gwo/230/2020/091, w którym Odwołujący poprawnie wskazał Zamawiającego, nazwę i numer postępowania przetargowego, kwotę wadium i termin obowiązywania gwarancji, nie stanowi potwierdzenia, że wystawione przez ubezpieczyciela na tej podstawie wadium należało uznać za prawidłowe. Wręcz przeciwnie, dane zawarte w gwarancji wadialnej niezgodnie z treścią wniosku Odwołującego, potwierdzają że intencją Odwołującego nie było otrzymanie gwarancji wadialnej o treści przedstawionej przez Ubezpieczyciela. Ponadto. W ocenie Izby, czynność zwrotu wadium z dnia 2 czerwca 2020 roku (dowód Odwołującego) nie potwierdzała, że Zamawiający czuł się uprawniony z tej gwarancji. Zamawiający dokonując zwrotu wadium, wypełnił obowiązek wynikający z art. 46 ust. 1 Pzp, który został również przywołany w pkt 14.6.1. SIWZ.

Oceniając dokument wadialny złożony łącznie z ofertą, w świetle zapisów Ustawy Pzp oraz zapisów SIWZ należy stwierdzić, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie stanowiła zobowiązania Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu - Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach tj. Zamawiającemu, prowadzącemu przedmiotowe postępowania kwoty wadium. Brak wskazania w jej treści właściwego Zamawiającego jako podmiotu uprawnionego z gwarancji, (wbrew twierdzeniom Odwołującego) słusznie powodowało brak pewności Zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia roszczeń wynikających z wadium. Potwierdza to również, iż nie została



spełniona podstawowa, zabezpieczająca funkcja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodać należy, że tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.). Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca).

W ocenie Izby, czynność Zamawiającego była prawidłowa, bowiem treść powyższej gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako wadium w przedmiotowym postępowaniu, nie dawała możliwości uznania jej za prawidłowo wniesione wadium. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że zaistniała bezwzględna przesłanka wskazana w art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp skutkująca koniecznością odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonego dokumentu wadium, w sytuacji, gdy w stosunku do jego treści powstały po stronie Zamawiającego wątpliwości, Izba wskazuje, że podzieliła ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp: *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 potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia (KIO/UZP 202/09) i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. (wyrok z 26 maja 2020 roku KIO 641/20)

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust 1 Pzp ani też uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. 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.

Dodać należy, że wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą stanowić błędnej gwarancji ubezpieczeniowej i nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego - nie ma bowiem w Pzp podstaw prawnych pozwalających Zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela złożonych po terminie składania ofert za wystarczające, do zmiany warunków gwarancji wadialnej.

Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień gwaranta (wyrok KIO z 23 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1180/10, wyrok z 26 maja 2020 roku KIO 641/20). Dodatkowe dokumenty zawierające treść zmian gwarancji wadialnej dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert. Samo wadium musi bowiem zostać wniesione - poprawnie - przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia wymagań wynikających z obowiązujących przepisów oraz treści SIWZ. Wskazanie w treści gwarancji jako Zamawiającego innego podmiotu niż Zamawiający prowadzący przedmiotowe postępowanie, czyni wątpliwym uzyskanie środków z gwarancji przez Zamawiającego. Taka treść gwarancji stwarza ryzyko, że gwarant odmówi wypłaty środków z gwarancji na rzecz Zamawiającego ze względu na złożenie wniosku o wypłatę przez inny podmiot niż beneficjent wskazany w treści gwarancji.

Podkreślić należy, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez KIO. Wobec rygorystycznego traktowania przez ustawę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę (por. wyrok KIO 2023/17 z 13 października 2017 r.)

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że gwarancja zawierająca błędnie oznaczonego Zamawiającego w treści gwarancji wadialnej, powinna być uznana za prawidłową na podstawie art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, nakazującego interpretację oświadczeń woli z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów oraz zgodnie z zamiarem stron i celem umowy a nie opieraniem się na dosłownym brzmieniu. Interpretacja taka nie może być stosowana wbrew rygorom wprowadzonym ustawą Pzp.

Odnosząc się do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych w odwołaniu, wskazać należy, że zapadły one w innym, nieobowiązującym już stanie prawnym lub odnosiły się do innego

stanu faktycznego, dlatego ustalenia w nich poczynione nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę przy rozpoznawaniu przedmiotowych zarzutów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, Izba nie stwierdziła aby wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert, niż te wskazane w ofercie. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 1 Pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Analizowany zarzut Izba uznała zatem za niezasadny.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....