

WYROK

z dnia 2 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Reja 8, 97-500 Radomsko

w postępowaniu prowadzonym przez

**Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi
ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Reja 8, 97-500 Radomsko i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Reja 8, 97-500 Radomsko tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Reja 8, 97-500 Radomsko na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roboty budowlane i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych i obiektów mostowych administrowanych przez Rejon w Kutnie i Rejon w Radomsku w latach 2013-2016 z podziałem na 4 części zamówienia – część nr 3 – roboty budowlane i usługi w zakresie nawierzchni, poboczy, chodników, odwodnienia oraz robót drogowo-mostowych w ramach bieżącego utrzymania dróg krajowych i obiektów mostowych administrowanych przez Rejon w Radomsku w latach 2013-2016” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 12 lipca 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 274284. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 sierpnia 2013 r. odwołujący – Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 nakazującego równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 3 nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędną ich wykładnię prowadzącą do bezpodstawnego przyjęcia, że odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i w wyniku tego do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
4. art. 65 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie wykładni oświadczeń woli odwołującego i gwaranta zawartych w gwarancji wadialnej.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty odwołującego dokonanej na skutek wykluczenia go z postępowania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,

3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył odwołującego niezgodnie z prawem, bowiem nie zachodzą okoliczności skutkujące wykluczeniem go z postępowania.

W punkcie 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zaznaczył, że oferta musi być zabezpieczona wadium. W punkcie 10.1. wskazał wysokość wadium, w tym dla części III, na którą ofertę złożył odwołujący, w wysokości 90.000 złotych. Zgodnie z punktem 10.2. formę wniesienia wadium wybiera wykonawca. Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. Natomiast zgodnie z punktem 10.3. wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą. W punkcie 12.1. zamawiający określił termin związania ofertą na 30 dni, określając początek jego biegu na dzień upływu terminu składania ofert. Termin składania ofert został pierwotnie ustalony na 27 lipca 2013 r., następnie zmieniony na 31 lipca 2013 r. Zatem termin ważności gwarancji w niniejszym postępowaniu winien stanowić przedział czasowy od 31 lipca do 29 sierpnia 2013 r.

W wykonaniu tego zobowiązania odwołujący przedstawił gwarancję bankową nr GP/13/00028 wystawioną 30 lipca 2013 r. przez ESBANK Bank Spółdzielczy z siedzibą w Radomsku, w której punkcie 3. został zawarty zapis: „Bank zobowiązuje się bezwarunkowo, na każde żądanie zgłoszone przez Beneficjenta w okresie związania ofertą, tj. od dnia 29 lipca 2013 roku do dnia 28 sierpnia 2013 roku zapłacić na rzecz Beneficjenta, pełną kwotę wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)”. Natomiast w punkcie 5. gwarancji zawarto zapis, iż: „Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 31 lipca 2013 roku do dnia 30 sierpnia 2013 roku”.

Wbrew dokonanej przez zamawiającego ocenie przedmiotowa gwarancja zabezpiecza ofertę odwołującego na pełen okres związania ofertą (a nawet na okres o dzień dłuższy), gdyż termin ważności gwarancji stanowi przedział czasowy od 31 lipca do 30 sierpnia 2013 roku. W dacie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania odwołujący realnie posiadał zabezpieczenie swojej oferty wadium. Ponadto zamawiający dysponował dokumentem, zgodnie z którym ważność gwarancji upływała 30 sierpnia 2013 r., a więc wadium zachowywało ważność przez cały okres, w którym odwołujący był związany ofertą.

Tym samym zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania poprzez błędne uznanie, iż gwarancja nie zabezpieczała oferty na pełen okres związania ofertą, co faktycznie nie miało miejsca, a wniesione wadium w sposób realny i nieprzerwany zabezpieczało interes zamawiającego.

Istniejąca w gwarancji rozbieżność terminów pomiędzy terminem ważności gwarancji a terminem związania gwarancją, stanowi jedynie omyłkę pisarską, która w żaden sposób nie wpływa na zabezpieczenie oferty. Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy z uwagi na niejasności zawarte w gwarancji, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wykonawcę, w sytuacji, gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Niewątpliwie jednak okres jej obowiązywania (ważności) powinien obejmować co najmniej okres związania ofertą i w przedmiotowym postępowaniu gwarancja bankowa jest ważna do 30 sierpnia 2013 r., co nie budzi żadnych wątpliwości.

Nawet gdyby przyjąć, że do gwarancji bankowej nie znajdują zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie oznacza to jednak, iż ów dokument nie podlega jakimkolwiek wyjaśnieniom bądź wykładni. Zamawiający zobowiązany jest do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów, w tym także gwarancji bankowej. Nadto powinien dokonać wykładni złożonego przez gwaranta oświadczenia woli kierując się regułami wynikającymi z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W przedmiotowej sprawie zamiarem stron (odwołującego i gwaranta) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji bankowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym odwołujący chciał wziąć udział i uzyskać w nim zamówienie. Dowodem na powyższe jest oświadczenie gwaranta o sprostowaniu błędu pisarskiego i potwierdzenie ważności i wykonalności gwarancji w okresie od 31 lipca do 30 sierpnia 2013 r.

Zamawiający, dostrzegając w treści gwarancji rozbieżne terminy, winien dokonać wykładni gwarancji i wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu.

Podstawę wystawienia spornej gwarancji stanowi umowa nr GP/13/00028 o udzielenie gwarancji, w której § 1 ust. 3 wskazano, iż „Gwarancja zostanie udzielona z terminem ważności od dnia 31 lipca 2013 roku do 30 sierpnia 2013 roku i będzie zabezpieczać w tym okresie wymagalne i prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy wobec

Beneficjenta wynikające w umowy”, natomiast sam dokument gwarancji bankowej stanowi jedynie „wyciąg” z opisanej wyżej umowy potwierdzający jej zawarcie. Nie ulega zatem wątpliwości, iż przedmiotowa umowa obejmuje pełen okres związania ofertą, podobnie zresztą, jak i sporna gwarancja bankowa, która w swej treści w punkcie 5. zawiera prawidłowy okres końcowy ważności gwarancji.

Oczywisty błąd pisarski, mogący wynikać choćby z faktu zmiany terminu składania ofert, nie może powodować negatywnych konsekwencji, gdyż cel w postaci odpowiedniego zabezpieczenia wadialnego został w pełni zachowany.

W odpowiedzi zamawiający podtrzymał decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Stwierdził, iż nie ma możliwości dokonania jakiegokolwiek czynności związanej z wniesionym wadium, gdyż ani art. 26, ani art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się do tej instytucji. W ustawie Prawo zamówień publicznych wadium zostało potraktowane oddzielnie od potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i stanowi inną podstawę wykluczenia niż art. 24 ust. 2 pkt 4. Nie jest także częścią oferty, chociaż ją zabezpiecza. Nie mógł też dokonywać wykładni oświadczenia banku, gdyż ani zamawiający, ani odwołujący nie jest do tego uprawniony. Przedstawiona gwarancja jest wewnętrznie sprzeczna, przez co nie daje zamawiającemu wymaganej ochrony. Badając gwarancję zamawiający kierował się tylko jej treścią, umowa z bankiem nie została mu przedłożona wraz z ofertą. Bank wskazał, jaki według niego jest okres związania ofertą i zobowiązał się zapłacić kwotę wadium tylko na wezwanie zamawiającego dokonane w tym okresie. Natomiast okres ważności gwarancji jest odrębnym okresem.

Niezależnie od tego, czy błąd był spowodowany zmianą terminu składania ofert i związania ofertą, zamawiający nie jest władny do zmiany treści gwarancji i wyboru sobie jednego z tych terminów. Zatem prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego.

Art. 65 Kodeksu cywilnego ma zastosowanie w zamówieniach publicznych, ale nie dotyczy zmiany treści gwarancji bankowej. Zamawiający musiałby poprawić lub żądać poprawienia przez bank punktu 3. lub punktu 5., a bank musiałby potwierdzić nową datę, co jest niedopuszczalne, a prawidłowo wniesione wadium byłoby wniesione dopiero po upływie terminu składania ofert.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy stronami.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej nr GP/13/00028 wystawionej 30 lipca 2013 r. przez ESBANK Bank Spółdzielczy z siedzibą w Radomsku.

Zgodnie z punktem 5. tej gwarancji, jest ona ważna w okresie od dnia 31 lipca 2013 roku do dnia 30 sierpnia 2013 roku i wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku: a) jeżeli wezwanie do zapłaty wadium nie zostanie doręczone bankowi w terminie jej ważności, b) upływu terminu jej ważności, c) zwolnienia banku przez beneficjenta ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji przed upływem terminu jej ważności, d) wyczerpania kwoty gwarancji.

Jednocześnie w punkcie 3. gwarancji został zawarty zapis: „Bank zobowiązuje się bezwarunkowo, na każde żądanie zgłoszone przez Beneficjenta w okresie związania ofertą, tj. od dnia 29 lipca 2013 roku do dnia 28 sierpnia 2013 roku zapłacić na rzecz Beneficjenta, pełną kwotę wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)”.

Termin składania ofert został wyznaczony na 31 lipca 2013 r., a okres związania ofertą wynosił 30 dni (punkt 12.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Tym samym gwarancja powinna zabezpieczać prawo zamawiającego do zatrzymania wadium do 30 sierpnia 2013 r.

W tym miejscu należy zauważyć, iż pogląd dotyczący wliczania dnia składania ofert do terminu związania ofertą, jest błędny, gdyż brak jest podstaw prawnych do twierdzenia, że art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi wyjątek od zasady określonej w art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego. Przepisy te stanowią o odmiennych okolicznościach – pierwszy o początku biegu terminu (jest to dzień upływu terminu składania ofert, jednakowy dla wszystkich wykonawców, a nie dzień faktycznego złożenia oferty, który może być różny w przypadku różnych wykonawców), a drugi o jego końcu. Jednak pogląd ten, choć błędny, jest tak rozpowszechniony w praktyce, iż Izba uważa, że nie można z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców.

Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym kwestia, czy okres związania ofertą upływa 29 czy 30 sierpnia nie ma znaczenia, gdyż sporna data to 28 sierpnia 2013 r.

Z treści gwarancji wynika, iż pomimo że ona sama jest ważna do 30 sierpnia 2013 r., prawo zamawiającego do zgłoszenia do banku żądania zapłaty wadium zostało ograniczone do 28 sierpnia 2013 r. Jest to niezgodne z wymaganiami dotyczącymi gwarancji, gdyż tym samym zamawiający nie może skutecznie dochodzić swoich praw do wadium w całym okresie związania ofertą. A zatem okoliczność ta wpływa na zabezpieczenie oferty. W przypadku bowiem zgłoszenia żądania wypłaty 29 lub 30 sierpnia zamawiający, aż do chwili decyzji banku o dokonaniu wypłaty lub jej odmowie, nie może być pewien stanowiska banku.

Co prawda można zgodzić się z odwołującym, iż data ta została błędnie określona prawdopodobnie przez przeoczenie – odnosi się ona do pierwotnie wyznaczonego terminu składania ofert, a wystawca gwarancji ani odwołujący nie zauważyli, że w treści gwarancji daty pojawiają się dwukrotnie.

Jednak nie zmienia to faktu, iż tego błędu nie można potraktować jako omyłki pisarskiej, którą zamawiający czy odwołujący mogą sprostować czy też sobie wyinterpretować inną datę wbrew jej wyraźnemu określeniu przez bank. Nie jest to bowiem oświadczenie i zobowiązanie pomiędzy stronami – zamawiającym i odwołującym, które zależy od ich woli i które mogą dowolnie zmienić, „wyjaśnić” lub interpretować i wykonać w terminie dłuższym niż pierwotnie przewidziany, lecz zobowiązanie banku. Tym samym wszelkie działania zamawiającego i odwołującego w tym zakresie nie mogłyby mieć skutków wobec banku, a gwarancję poprawić mógłby jedynie bank.

Poprawienie błędu mogłoby nastąpić poprzez sprostowanie treści lub aneks do gwarancji, czyli *de facto* poprzez uzupełnienie dokumentu gwarancji. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jednak nie przewiduje się takiej procedury. Tym samym oświadczenie banku o zaistnieniu/sprostowaniu błędu pisarskiego załączone do odwołania jest nieskuteczne.

Zamawiający ocenił wadium na podstawie treści gwarancji, którą otrzymał. Jest to działanie standardowe i poprawne – zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż nośnikiem wadium w postępowaniu jest właśnie gwarancja bankowa, a nie umowa pomiędzy bankiem a wykonawcą (art. 45 ust. 6 pkt 3). Tak samo – jeśli wystawiona gwarancja jest niezgodna z umową, jest to sprawa pomiędzy wykonawcą a bankiem.

Tak samo stanowi też art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe: gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku – gwaranta (a więc sama gwarancja, a nie umowa bank – wykonawca), że po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty (a więc

m.in. spełnienia warunków wskazanych w punkcie 3. gwarancji), bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji.

Należy też podkreślić, iż wykonawca, składając ofertę i wnosząc wadium, powinien dochować należytej staranności, a więc zapoznać się z treścią gwarancji. Jest to dokument zaledwie jednostronicowy, więc błąd ten z łatwością mógł być dostrzeżony przed złożeniem oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: