

WYROK
z dnia 27 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Archiwum Narodowe w Krakowie, ul. Sienna 16, 30-960 Kraków**

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług Inwestora Zastępczego dla Inwestycji – budowy budynku Archiwum Narodowego w Krakowie” (znak sprawy: DN.21.1.34.2014), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2016 r., Numer ogłoszenia: 2016/ S182 - 326543 PL) przez Archiwum Narodowe w Krakowie (dalej „zamawiający”) wykonawca Sweco Consulting Sp. z o.o. z Poznania (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. odrzucenia oferty odwołującego,
2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. z Warszawy,
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 45 ust. 1, 3 i 6 pkt 4 w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, polegające na bezpodstawnym uznaniu przez zamawiającego, że odwołujący w okresie od upływu terminu do składania ofert, tj. od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 13 listopada 2016 r. nie wniósł w prawidłowy sposób wadium, skutkiem czego oferta odwołującego została odrzucona i nie podlegała dalszej ocenie w procesie oceny ofert,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z postanowieniem punktu 10.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), polegające na zaniechaniu jego zastosowania, w wyniku czego zamawiający przyjął, że oczywista omyłka w treści gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej w celu wniesienia przez odwołującego wadium w postępowaniu nie może podlegać poprawieniu, uzupełnieniu ani wyjaśnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. z Warszawy,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

a w konsekwencji dokonania tej czynności:

3. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków:

- D. T. – wezwanie na adres odwołującego,
- B. D. – wezwanie na adres odwołującego,
- P. B. – wezwanie na adres odwołującego,
- K. F. – wezwanie na adres: Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych i Reasekuracji WARTA S.A., Centrum Obsługi Klientów Korporacyjnych, 40-083 Katowice, ul. Zabrska 10,

na okoliczności:

1. przebiegu i ustaleń pomiędzy odwołującym a TUiR WARTA S.A. odnośnie do celu i warunków przetargowej gwarancji ubezpieczeniowej w tym okresie jej ważności, a także celu i warunków sporządzenia w dniu 3 listopada 2016 r. Aneksu Nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r., treści wystąpienia przez Odwołującego do TUiR WARTA S.A. o zmianę wydanej 18 października 2016 r. gwarancji ubezpieczeniowej, zamiaru stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej, tj. Odwołującego i TUiR WARTA S.A. co do zakresu i treści zmiany gwarancji ubezpieczeniowej, wystąpienia w Aneksie Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. oczywistej omyłki ubezpieczyciela w określeniu okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej, okoliczności wykrycia omyłki i zawiadomienia o jej wykryciu Odwołującego,
2. istnienia obowiązywania zobowiązania *gwaranta* TUiR WARTA S.A. wynikającego z udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej w okresie od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r.

Odwołujący wskazał, że oczywista omyłka znalazła się w treści Aneksu Nr 1 z 3 listopada 2016 r. do gwarancji ubezpieczeniowej Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016 z dnia 18 października 2016 r.

Podał, że pierwotnie wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert upływał w dniu 24 października 2016 r. (o godz. 10.00); termin związania ofertami określony został na okres 60 dni.

Odwołujący oświadczył, że podejmując zamiar złożenia oferty w tym postępowaniu, w celu uzyskania możliwości wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawarł stosowną umowę ubezpieczenia z Towarzystwem Ubezpieczeń Wzajemnych i Reasekuracji WARTA S.A., na potwierdzenie czego w dniu 18 października 2016 r. wydany

został dokument ww. gwarancji ubezpieczeniowej przetargowej – termin ważności wadium określony został od dnia 24 października 2016 r. do 23 grudnia 2016 r.

Wyjaśnił, że wynagrodzenie ubezpieczyciela z tytułu udzielenia powyższej gwarancji zapłacone zostało przez odwołującego w dniu 19 października 2016 r., czego potwierdzeniem jest:

- odpis dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej przetargowej Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016 z dnia 18 października 2016 r.,
- bankowe potwierdzenie przelewu z dnia 19 października 2016 r.

Odwołujący podał, że w dniu 19 października 2016 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, wyznaczając jednocześnie termin składania ofert na dzień 4 listopada 2016 r. (godz. 10.00), konsekwencją czego, przy uwzględnieniu obowiązującego 60-dniowego okresu związania ofertą, była konieczność wydłużenia okresu ważności wadium, uzyskanego przez odwołującego na podstawie opisanej wyżej umowy.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 19 października 2016 r.

Odwołujący oświadczył, że w związku z powyższym wystąpił do ubezpieczyciela TUIR WARTA S.A. w dniu 2 listopada 2016 r. z wnioskiem o zmianę dotychczasowych warunków gwarancji ubezpieczeniowej, poprzez wydłużenie terminu ważności tej gwarancji.

Podkreślił, że we wniosku wyraźnie określił, że nowy termin ważności gwarancji ubezpieczeniowej winien przypadać na okres od 4 listopada 2016 r. do 3 stycznia 2017 r.

Oświadczył następnie, że o informacja o konieczności zmiany okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej na okres od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r. przekazana została również ustnie w rozmowie telefonicznej przedstawiciela odwołującego – Pani P. B. przedstawicielowi ubezpieczyciela Pani K. F. .

Dowód:

- odpis wniosku odwołującego do TUIR WARTA S.A. z dnia 2 listopada 2016 r.
- zeznania świadka P. B.
- zeznania świadka D. T.
- zeznania świadka B. D.
- zeznania świadka K. F. .

Podał, że wniosek odwołującego o dokonanie zmiany okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej został rozpoznany przez ubezpieczyciela w dniu 3 listopada 2016 r, w wyniku czego w tym samym dniu sporządzony został Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej przetargowej z dnia 18 października 2016 r.

Wskazał, że w treści Aneksu odwołano się do powodu zmiany okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej (tj. zmiana terminu składania ofert w postępowaniu), a także ustalono, że wchodzi on w życie z dniem 3 listopada 2016 r., zaś w treści § 1 Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. określono, że punkt 6. gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r. ulega zmianie w taki sposób, że termin ważności gwarancji przypada na okres „od dnia 14.11.2016 r. do dnia 13.01.2017 r.“.

Dowód: odpis Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. do gwarancji ubezpieczeniowej przetargowej Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016

Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na długoletnią dotychczasową współpracę pomiędzy z TUIR WARTA S.A. w zakresie udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i wynikającym z niej zaufaniem do sposobu działania ubezpieczyciela, treść przekazanego Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. nie została przez odwołującego poddana dodatkowej weryfikacji i dokument ten, wraz z dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r., ofertą i pozostałą dokumentacją ofertową, złożony został u zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Wskazał, że w dniu 4 listopada 2016 r. przedstawiciel ubezpieczyciela dostrzegł omyłkę w treści Aneksu Nr 1, o czym natychmiast zawiadomił odwołującego, po czym niezwłocznie przygotowane zostało pismo odwołującego do zamawiającego, wyjaśniające okoliczności oczywistej omyłki, które przekazane zostało zamawiającemu wraz z wyjaśnieniem ubezpieczyciela (pismo TUIR WARTA S.A. z dnia 4 listopada 2016 r.) oraz prawidłowo wystawionym Aneksem Nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej najbliższego dnia roboczego, tj. w dniu 7 listopada 2016 r.

Podał, że zarówno on i ubezpieczyciel zgodnie wyjaśnili, że zapisanie w treści § 1 Aneksu Nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej okresu ważności gwarancji „od dnia 14.11.2016 r. do dnia 13.01.2017 r.” było wynikiem oczywistej omyłki przedstawiciela ubezpieczającego, przygotowującego treść aneksu – rzeczywistą wolą i zamiarem stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej było ustalenie jej ważności w okresie od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r.

Dowód:

- zeznania świadka – K. F.
- zeznania świadka – D. T.
- zeznania świadka – B. D.
- zeznania świadka – P.B.
- odpis pisma odwołującego z dnia 4 listopada 2016 r.
- odpis pisma TUIR WARTA S.A. z dnia 4 listopada 2016 r.

- odpis Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. ze skorygowaną omyłką

Odwołujący nadto wskazał, że w dniu 17 listopada 2016 r. przedłożył zamawiającemu kolejne pismo datowane na dzień 16 listopada 2016 r., przy którym przedłożył odpis wniosku złożonego w dniu 2 listopada 2016 r. do ubezpieczyciela w sprawie zmiany okresu ważności gwarancji, wskazując, że wyraźnie we wniosku tym zwraca się o zmianę okresu ważności gwarancji, który przypadać winien po zmianie od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r., co jednoznacznie potwierdza – zdaniem odwołującego – że zamiarem odwołującego i ubezpieczyciela była zmiana terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej na okres od 4.11.2016 r. do dnia 3.01.2017 r., nie zaś od 14.11.2016 r. do 13.01.2017 r.

Dowód: odpis pisma odwołującego z dnia 16 listopada 2016 r. wraz z załącznikiem

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jakoby w okresie od dnia 4 listopada do dnia listopada 2016 r. oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium jest całkowicie błędne oraz pomija złożone oświadczenia woli odwołującego oraz ubezpieczyciela (gwaranta).

Wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia wadium, jednak na podstawie odesłania, zawartego w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, ustalając znaczenie tego pojęcia, należy odnosić się do przepisu art. 70⁴ Kodeksu cywilnego.

Uzupełnił, że zarówno doktryna, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, stoją na stanowisku, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, wadium jest instrumentem zabezpieczenia interesów zamawiających przed nierzetelnymi wykonawcami. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r. (sygn. KI01142/11) podał: *„Celem ustanowienia wadium jest naprawienie szkody zamawiającemu, powstałej w skutek nie dojścia do skutku umowy z wnoszącym wadium wykonawcą. W każdym przypadku nie dojścia do skutku umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ten pierwszy ponosi szkodę majątkową, a więc stratę. Istotą instytucji wadium jest to, iż zamawiający zwolniony jest z wykazywania wysokości szkody, a to z tego względu, iż wysokość owej szkody przyjmowana jest w kwocie zryczałtowanej - równej kwocie wniesionego wadium. Wysokość owej straty zamawiającego nie podlega dalszemu dowodowi w którąkolwiek ze stron, a to z tego względu, iż jest ona ze swojej istoty przyjmowana w wysokości zryczałtowanej - tożsamej z kwotą ustalonego wadium. W konsekwencji, kwota rzeczywistej straty zamawiającego poniesionej w skutek nie dojścia do skutku umowy z wykonawcą w każdym przypadku jest równa kwocie ustalonego wadium, przeciwna interpretacja nie jest przy tym prawnie dopuszczalna”*.

Podniósł, że w przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium wnoszone jest w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zamawiający nie jest stroną

stosunku prawnego (umowy), na podstawie której gwarancja została przez ubezpieczyciela udzielona, jest jedynie jej beneficjentem. W ocenie odwołującego nie oznacza to jednak, że treść oświadczeń woli stron powyższego stosunku prawnego, to jest wykonawcy, który w formie gwarancji ubezpieczeniowej wnosi wadium oraz ubezpieczyciela, który tej gwarancji udzielił, nie podlega wykładni.

Stanął na stanowisku, że ze względu na to, że udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej następuje w ramach stosunku prawnego nawiązanego na podstawie złożonych przez jego strony oświadczeń woli, treść tych oświadczeń podlega wykładni w sposób odpowiedni dla wykładni oświadczeń woli w prawie cywilnym, której reguły określa art 65 Kodeksu cywilnego. Na tej podstawie stwierdził, że oświadczenia woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, przy czym w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Powołał się na wyrok z dnia 10 listopada 2011 r. (sygn. KIO 2334/11), zgodnie z którym *„Wadium może podlegać wykładni jak każde oświadczenie woli, niemniej jednak podstawy do interpretacji muszą być nie budzące wątpliwości”* oraz na wyrok z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. KIO 150/12), w którym – zdaniem odwołującego – Izba podkreśliła, że zamawiający, prowadząc postępowanie z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu.

Przywołał stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), 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”*.

Odwołał się do wyroku KIO, w którym Izba uznała za oczywistą omyłkę pisarską podanie w treści gwarancji w nazwie przedmiotu zamówienia, obejmującego bieżące utrzymanie i pielęgnację zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012 - 2013 - rejon I, jako końcowej daty świadczenia usług roku 2913 (zamiast 2013), a także podanie, jako daty końcowej okresu obowiązywania gwarancji wadium, na co wskazuje użycie słów „do”, dnia 13.02.2011 r. (zamiast 13.02.2012).

Wskazał, że z treści pisma zamawiającego z dnia 1 grudnia 2016 r., zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że dokonując analizy, czy oferta odwołującego została prawidłowo zabezpieczona wadium zamawiający oparł się wyłącznie na literalnym brzmieniu Aneksu Nr 1 z dnia

3 listopada 2016 r. w treści przedłożonej zamawiającemu w dniu 4 listopada 2016 r. wraz z ofertą oraz przetargową gwarancją ubezpieczeniową z dnia 18 października 2016 r.

Podniósł, że w wyroku z dnia 10 maja 2011 r. (*sygn. KIO 883/11*) KIO stwierdziła, że „(...) odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może się opierać wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metody wykładni oświadczeń woli”.

W ocenie odwołującego lakoniczna treść uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty odwołującego nakazuje uznać, że w żadnym zakresie zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień oraz oświadczeń złożonych przez odwołującego oraz TUiR WARTA S.A., przedłożonych w pismach odwołującego, przekazanych zamawiającemu w dniach 7 i 17 listopada 2016 r., w tym w szczególności wyjaśnienia, że określenie w § 1 Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym wraz z ofertą okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej, przypadającego od 14.11.2016 r. do 13.01.2017 r., było wynikiem oczywistej omyłki. Podkreślił, że przede wszystkim zamawiający nie wziął pod uwagę i nie uwzględnił stanowiska stron umowy ubezpieczenia, na podstawie której udzielona została gwarancja ubezpieczeniowa, które jednoznacznie potwierdziły, że przy sporządzaniu Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. ich zgodnym i pierwotnym zamiarem była zmiana okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej w taki sposób, aby przypadał on od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r., co potwierdzone zostało dokumentem w postaci Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. do gwarancji ubezpieczeniowej, wydanym przez TUiR WARTA S.A., z którego jednoznacznie wynika, że gwarancja ubezpieczeniowa, zabezpieczająca wadium w postępowaniu, obowiązuje w okresie od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r.

Stwierdził, że dokumentacja postępowania wykazuje bezspornie, iż:

1. w celu złożenia oferty odwołujący zawarł z TUiR WARTA S.A. umowę, na podstawie której ubezpieczyciel wystawił w dniu 18 października 2016 r. przetargową gwarancję ubezpieczeniową Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016, w której treści, jako beneficjent zobowiązania ubezpieczyciela wskazany został zamawiający, a gwarancja udzielona została jako wadium w tym postępowaniu,
2. w wystawionej w dniu 18 października 2016 r. gwarancji ubezpieczeniowej okres jej ważności określony został zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przez zamawiającego, to jest na okres od 24 października 2016 r. do 23 grudnia 2016 r., czyli na okres związania ofertą,
3. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, a w związku z tym wydłużył termin składania ofert do dnia 4 listopada 2016 r., co spowodowało konieczność wydłużenia okresu

ważności gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez TUIR WARTA S.A. z wniosku odwołującego w dniu 18 października 2016 r.,

4. w związku ze zmianą terminu składania ofert odwołujący, w dniu 2 listopada 2016 r., wystąpił z pisemnym wnioskiem do TUIR WARTA S.A. o sporządzenie aneksu do wystawionej gwarancji ubezpieczeniowej, zgodnie z którym okres ważności tej gwarancji określony zostanie od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r.,
5. Aneks Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym zamawiającemu wraz z ofertą odwołującego w dniu 4 listopada 2016 r., wystawiony został przez ubezpieczyciela w związku z powyższym wnioskiem, a jednocześnie z jego treści wynika wyraźnie, że ma on doprowadzić do zmiany gwarancji ubezpieczeniowej Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016 z dnia 18 października 2016 r, a więc że dotyczy tego postępowania,
6. w treści Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym zamawiającemu wraz z ofertą w istocie określono termin ważności gwarancji w okresie od 14.11.2016 r. do 13.01.2017 r., jednakże w § 4 wyraźnie postanowiono, że Aneks ten wchodzi w życie z dniem 3.11.2016 r.,
7. odwołujący oraz TUIR WARTA S.A. wyraźnie i zgodnie oświadczyli, że w Aneksie Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym zamawiającemu wraz z ofertą okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej określony został omyłkowo i winien być to okres od 4.11.2016 r. do 03.01.2017 r., na dodatkowe potwierdzenie czego przedłożono Aneks Nr 1 ze skorygowaną omyłką.

W ocenie odwołującego powyższe okoliczności, w tym także wyjaśnienia i oświadczenia złożone przez odwołującego oraz TUIR WARTA S.A., nie pozostawiają wątpliwości, że w istocie zobowiązanie gwarancyjne TUIR WARTA S.A. wobec zamawiającego, jako beneficjenta gwarancji, istnieje i obowiązuje nadal od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r., w konsekwencji czego bezpodstawnie i błędnie uznał zamawiający, że w okresie od dnia 4 do 13 listopada 2016 r. oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium, a wobec tego winna zostać odrzucona.

Podniósł, że jakkolwiek dokument gwarancji ubezpieczeniowej stanowi powszechnie stosowaną w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych formę potwierdzenia wniesienia przez oferenta wymaganego przez zamawiającego wadium, to treść tego dokumentu nie może w każdym przypadku bezwzględnie przesądzać o tym, czy zobowiązanie gwarancyjne istnieje.

Zdaniem odwołującego kluczowe winno być wyjaśnienie, czy interes zamawiającego został należycie zabezpieczony, to jest czy na wypadek uchylenia się przez wybranego

wykonawcę od zawarcia umowy zamawiający będzie miał możliwość zaspokojenia się z wniesionego wadium. Staął na stanowisku, że w tym zakresie zamawiający nie może mieć wątpliwości, a jeśli one występują, to ma możliwość podjęcia działań w celu ich wyeliminowania.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 609/11), w którym – wedle odwołującego – wyraźnie podkreślono, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają podstawy prawnej dokonywania oceny, czy gwarancja ubezpieczeniowa jest nieważna; podstawę tę stanowią natomiast przepisy Kodeksu cywilnego; jednak z przepisów tych, ani przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej nie wynika obowiązek zachowania formy pisemnej gwarancji ubezpieczeniowej pod rygorem nieważności, w konsekwencji czego przedłożenie przez wykonawcę przy ofercie jako wadium gwarancji ubezpieczeniowej, która nie została przez żadną osobę podpisana, nie jest równoznaczne z nieważnością tej gwarancji. W związku z tym – podał odwołujący – Izba przyjęła, że w przypadku, w którym po upływie terminu składania ofert, w odpowiedzi na wystąpienie zamawiającego, ubezpieczyciel pisemnie potwierdził, że niepodpisana gwarancja ubezpieczeniowa, która złożona została przez wykonawcę wraz z ofertą, jest ważna i skuteczna, nie można mówić o braku wniesienia wadium.

Podał, że z kolei w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. KIO 150/12) KIO wypowiedziała się, że błędne oznaczenie daty wystawienia gwarancji należy uznać za omyłkę pisarską nierzutującą na prawidłowość wniesienia wadium.

W ocenie odwołującego przyjęć należy, że skoro przedłożenie jako wadium gwarancji ubezpieczeniowej, która nie została podpisana przez żadnego przedstawiciela ubezpieczyciela, nie może być uznane za brak wniesienia lub nieprawidłowe wniesienie wadium w sytuacji, gdy następnie ubezpieczyciel potwierdzi ważność i skuteczność tej gwarancji, to tym bardziej za prawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej winien być uznany przypadek, w którym w treści gwarancji ubezpieczeniowej zawarta została oczywista omyłka co do okresu jej ważności, jednakże niezwłocznie ubezpieczyciel potwierdził, że jest to błąd wynikający z oczywistej omyłki, a nadto, że potwierdza ważność i skuteczność gwarancji ubezpieczeniowej od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r. (przedkładając Aneks Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. ze skorygowaną omyłką).

Staął na stanowisku, że przedstawione okoliczności uzyskania i złożenia dokumentów gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r. oraz Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. stanowią niebudzące wątpliwości podstawy do dokonania interpretacji treści tych dokumentów, w wyniku której uznane zostanie, że w istocie gwarancja ubezpieczeniowa na rzecz zamawiającego udzielona została od dnia

4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r. wobec czego należy uznać, że zamawiający błędnie i bezpodstawnie przyjął, że oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium w okresie od dnia 4 do dnia 13 listopada 2016 r., a zatem, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione, skutkiem czego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oferta odwołującego winna zostać odrzucona bez dokonywania jej dalszej oceny.

Odwołujący podkreślił, że wyłącznym celem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym i nierzetelnym wykonawcą, który uchyla się od zawarcia umowy po tym, jak jego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza; w takich przypadkach wadium ma rekompensować szkodę poniesioną przez zamawiającego, który nie jest zobowiązany do wykazywania wysokości poniesionej przez niego straty.

Oceniał że w postępowaniu interesy zamawiającego nie zostały w najmniejszym stopniu zagrożone także wówczas, gdyby uznać za zamawiającym, że przedłożona przez odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa obowiązywała od dnia 14 listopada 2016 r. do dnia 13 stycznia 2016 r., ponieważ zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający uprawniony był do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wcześniej niż 10 dni od dnia przesłania wykonawcom zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Oznacza to, że roszczenie zamawiającego o przystąpienie do zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta oceniona została, jako najkorzystniejsza, staje się wymagalne najwcześniej dziesiątego dnia po dniu zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nawet więc w przypadku, gdyby zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert w dniu 4 listopada 2016 r. dokonał ich natychmiastowej oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym samym dniu powiadomił wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, to – wywodził odwołujący – mógłby żądać zawarcia umowy nie wcześniej niż w dniu 14 listopada 2016 r.

Przy założeniu zatem, że jako najkorzystniejsza wybrana zostałaby oferta odwołującego, umowa z zamawiającym mogłaby zostać zawarta najwcześniej w dniu 14 listopada 2016 r. i dopiero wówczas mogłyby zistoczyć się przesłanki do zatrzymania przez zamawiającego wadium.

Tymczasem, podniósł odwołujący, zgodnie z Aneksem Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym przez odwołującego wraz z ofertą w dniu 4 listopada 2016 r., gwarancja ubezpieczeniowa była ważna od dnia 14 listopada 2016 r.

Wskazał, że z treści protokołu posiedzenia Komisji Przetargowej powołanej przez kierownika zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r. wynika, że nie zakończyła ona w tym dniu dokonywania oceny złożonych ofert – postanowiono wówczas, że dalsza ocena ofert

w zakresie kryterium „Organizacja i metodologia zarządzania” przeprowadzona zostanie w dniach od 7 do 10 listopada 2016 r. Uzupełnił, że dokumentacja postępowania wykazuje również, że w dniu 7 listopada 2016 r. zamawiającemu złożony został Aneks Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. prawidłowo wystawiony przez ubezpieczyciela, w którego treści okres ważności gwarancji określono od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 3 stycznia 2017 r., a nadto pismo TUIR WARTA S.A., z którego wynika, że zobowiązanie gwarancyjne wobec zamawiającego istniało i obowiązywało od dnia 4 listopada 2016 r.

Wskazał, że dokumentacja postępowania wykazuje także, że kolejne posiedzenie Komisji Przetargowej odbyło się w dniu 10 listopada 2016 r. – Komisja Przetargowa podjęła wówczas decyzję o podtrzymaniu stanowiska co do zasadności odrzucenia oferty odwołującego; ostatnie posiedzenie Komisji Przetargowej, na którym ostatecznie postanowiono o wyborze oferty ECM Group Polska S.A. jako najkorzystniejszej, odbyło się dopiero w dniu 1 grudnia 2016 r.

Dowód:

- Protokół posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 4 listopada 2016 r. – w aktach postępowania
- odpis pisma Sweco z dnia 4 listopada 2016 r.
- odpis pisma TUIR Warta S.A. z dnia 4 listopada 2016 r.
- odpis Aneksu Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. przedłożony Zamawiającemu w dniu 7 listopada 2016 r.
- Protokół posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 10 listopada 2016 r. – w aktach postępowania
- Protokół posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 1 grudnia 2016 r. – w aktach Postępowania

W konsekwencji odwołujący stwierdził trzeba, że interesy zamawiającego, które zabezpieczone miały zostać wadium, nie były w postępowaniu w najmniejszym stopniu zagrożone również w przypadku uznania, że wykładnia treści gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r., zmienionej Aneksem Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r., wskazywała, że w istocie gwarancja ta obowiązuje jest ważna w okresie od dnia 14 listopada 2016 r. do dnia 13 stycznia 2017 r. – termin 13 stycznia 2017 r. przypada bowiem po 60-dniowym terminie związania ofertą, liczonym od dnia 4 listopada 2016 r.

Podsumował, że w postępowaniu nie powstało takie zagrożenie interesów zamawiającego, że w przypadku, gdyby jako najkorzystniejsza została wybrana oferta odwołującego, który następnie uchyliłby się od zawarcia umowy, zamawiający nie miałby możliwości zaspokojenia się z wniesionego wadium, gdyż gwarant zobowiązany był do spełnienia świadczenia gwarancyjnego począwszy od dnia 14 listopada 2016 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z postanowieniem punktu 10.1 SIWZ odwołujący podał, że z protokołów posiedzeń Komisji Przetargowej powołanej przez kierownika zamawiającego wynika, iż zamawiający uznał, że dokumenty obejmujące potwierdzenie wniesienia przez wykonawcę wymaganego wadium nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu ani wyjaśnieniu.

Stanął na stanowisko, że jest to wysoce wątpliwe na gruncie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., wprowadzonym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Wskazał, że przepis ten stanowi obecnie, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Podniósł, że przepisy ustawy Pzp, jak również Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) nie określają, co należy rozumieć przez „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania”.

Stanął na stanowisku, że w stosunku do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji zakres zastosowania tego przepisu został rozszerzony właśnie na „inne dokumenty” niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz o możliwość żądania przez zamawiającego złożenia wyjaśnień do nich.

Analizując treść art. 26 ust.1, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp odwołujący doszedł do wniosku, że „innymi dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania” nie są dokumenty, które mają potwierdzać brak podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie i odrębnie stanowi o dokumentach potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc między innymi brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. Z kolei, skoro w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp mowa jest o wyjaśnieniach dokumentów lub oświadczeń, określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przeto, wywodził odwołujący, przy uwzględnieniu interpretacyjnej dyrektywy racjonalnego ustawodawcy wątpliwości zamawiającego i wezwanie do złożenia wyjaśnień, o których

mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mogą odnosić się do tych samych dokumentów, gdyż stanowiłoby to tzw. *superfluum* prawne.

Wskazał, że w treści uzasadniania projektu powołanej wyżej ustawy nowelizacyjnej podano, iż jednym z jej podstawowych celów jest usprawnienie postępowań i uelastycznienie procedur sanacyjnych w odniesieniu do czynności podejmowanych w toku postępowań przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na powyższej podstawie uznał, że uzasadnione wydaje się twierdzenie, że przez „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania” rozumieć należy wszelkie dokumenty, które stosownie do wymagań określonych przez zamawiającego winny zostać przedłożone przez wykonawcę, aby jego oferta mogła zostać w należyty sposób zbadana i oceniona – jeśli zatem zamawiający w danym postępowaniu wymaga wniesienia przez wykonawców wadium, to dokument potwierdzający jego wniesienie, a więc między innymi dokument gwarancji ubezpieczeniowej, uznać można za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

W ocenie odwołującego trudno znaleźć uzasadnienie dla odrzucenia oferty wykonawcy, który wyłącznie przez nieuwagę nie dołączył do dokumentacji składanej wraz ofertą dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, która w rzeczywistości została wystawiona zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Stwierdził, że właśnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w aktualnie obowiązującym brzmieniu ma zapobiegać konieczności odrzucenia takiej oferty przez zamawiającego bez umożliwienia wykonawcy usunięcia tego braku, a tym samym poddania oferty tego wykonawcy ocenie.

Podkreślił szeroki zakres czynności, które zamawiający powinien podjąć w celu sanowania braków oferty i dokumentacji z nią złożonej, które obejmują:

- złożenie brakujących dokumentów,
- uzupełnienie dokumentów,
- poprawienie dokumentów,
- udzielenie wyjaśnień odnośnie do dokumentów.

Zdaniem odwołującego analiza treści przedłożonych przez niego: gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 października 2016 r. oraz Aneksu nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. w brzmieniu przedłożonym zamawiającemu wraz z ofertą z dnia 4 listopada 2016 r., winna była spowodować u zamawiającego wątpliwości co do treści tych dokumentów oraz okoliczności, czy wadium zostało w prawidłowy sposób wniesione, a w konsekwencji zamawiający powinien był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień i ewentualnego poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, czego

zamawiający zaniechał, błędnie przyjmując, że dokument potwierdzający wniesienie wadium nie podlega w aktualnym stanie prawnym uzupełnieniu, poprawie lub wyjaśnieniu.

Podkreślił aktywność, jaką przejawiał odwołujący, tj. iż niezwłocznie po tym, jak wykryta została oczywista omyłka odwołujący uzyskał od ubezpieczyciela stosowne oświadczenie, że błędnie wskazany okres ważności jest wynikiem oczywistej omyłki, jak również prawidłowo wystawiony dokument Aneksu Nr 1.

Dokumenty te odwołujący przedłożył zamawiającemu w dniu 7 listopada 2016 r., a uzupełniając, w celu uchylenia wszelkich wątpliwości zamawiającego, złożył w dniu 17 listopada 2016 r. odpis wniosku złożonego w dniu 2 listopada 2016 r. do TUiR WARTA S.A. o sporządzenie Aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, w którym wyraźnie wskazał na zmianę okresu ważności gwarancji na termin od 4 listopada 2016 r. do 3 stycznia 2017 r., co potwierdza, w ocenie odwołującego, pierwotny i rzeczywisty zamiar zakresu zmiany gwarancji.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z punktem 10.1 SIWZ w postępowaniu skuteczne wniesienie wadium w wysokości 30.000 zł zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 10.1 – w aktach postępowania

Jakkolwiek, stosownie do art 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp, brak wniesienia wadium albo jego nieprawidłowe wniesienie skutkują odrzuceniem oferty, to jednak – wywodził odwołujący – wskazane postanowienie SIWZ wyraźnie statuuje wniesienie wadium jako warunek udziału w postępowaniu, zgodnie zaś z ugruntowanym orzecnictwem KIO wątpliwości i niejasności specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny być interpretowane na korzyść wykonawcy.

Zasadą jest natomiast, że dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca może uzupełniać, poprawiać lub wyjaśniać.

Podsumował, że uznać należy, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z postanowieniem punktu 10.1 SIWZ, błędnie przyjmując, że omyłki, braki lub wątpliwości dotyczące dokumentu potwierdzającego wniesienie przez wykonawcę wadium nie podlegają uzupełnieniu, poprawie lub wyjaśnieniom – z tych też względów pominął i nie uwzględnił wyjaśnień i oświadczeń złożonych w dniu 7 i 17 listopada 2016 r. przez odwołującego, TUiR WARTA S.A., które jakkolwiek złożone z własnej inicjatywy odwołującego, nie zaś na żądanie Zamawiającego, wypełniały dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r., dokumentów załączonych do odwołania, Pisma procesowego przystępującego z dnia 27 grudnia 2016 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020 (wejście w życie – 28 lipca 2016 roku).

Zarzut bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący w okresie od upływu terminu do składania ofert, tj. od dnia 4 listopada 2016 r. do dnia 13 listopada 2016 r. nie wniósł w prawidłowy sposób wadium, skutkiem czego oferta odwołującego została odrzucona i nie podlegała dalszej ocenie w procesie oceny ofert, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 45 ust. 1, 3 i 6 pkt 4 w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił następuje, istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności faktyczne.

1. Zamawiający wyznaczył pierwotnie termin składania ofert na 24 października 2016 r.
2. Termin składania ofert został przesunięty na dzień 4 listopada 2016 r.
3. Termin związania ofertą został określony na 60 dni.
4. Odwołujący wraz z ofertą złożył przetargową gwarancję ubezpieczeniową Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016 z okresem ważności od dnia 24 października 2016 r. do dnia 23 grudnia 2016 r. oraz Aneks Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. z okresem ważności od dnia 14 listopada 2016 r. do dnia 13.01.2017 r.
5. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego została skierowana do odwołującego pismem z dnia 1 grudnia 2016 r. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że oferta odwołującego „(...) w okresie od dnia otwarcia ofert, tj. 04.11.2016 r. do dnia 13.11.2016 r. włącznie nie została zabezpieczona wadium. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób przyjąć, iż Wykonawca wniósł

wadium w sposób prawidłowy. Okoliczność ta skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z tego powodu, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, tj. ze zbyt krótkim okresem ważności.

Podnieść przede wszystkim należy, na co zwracał uwagę przystępujący w swoim piśmie z dnia 27 grudnia 2016 r., że *„Dokument gwarancji obejmuje jednostronne oświadczenie woli Gwaranta, które dotyczy abstrakcyjnego zobowiązania niezależnego od umowy łączącej Gwaranta z podmiotem, który wnioskował o wystawienie gwarancji. Tym samym, (...), nie mają znaczenia i Zamawiający nie może badać okoliczności zawarcia umowy pomiędzy Gwarantem a podmiotem wnioskującym na podstawie, której później Gwarant składa zobowiązanie do zapłaty gwarancji. Ponadto (...) w celu ustalenia rzeczywistej woli Gwaranta, która w przedmiotowej sprawie stałaby w oczywistej sprzeczności z treścią Gwarancji, niezbędnym byłoby jej ustalenie w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, a ustawa Pzp nie przewiduje takiego trybu”*.

Z tego względu, iż w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej mamy do czynienia, jak wskazano powyżej, z *„jednostronnym oświadczeniem woli Gwaranta, które dotyczy abstrakcyjnego zobowiązania niezależnego od umowy łączącej Gwaranta z podmiotem, który wnioskował o wystawienie gwarancji”* to właśnie wyłącznie oświadczenie woli Gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium wniesionego w tej formie.

W złożonym przez odwołującego wraz z ofertą Aneksie Nr 1 gwarant wskazał okres ważności gwarancji, który nie obejmował całego okresu związania ofertą – wskazano okres ważności gwarancji: *„od dnia 14.11.2016 r. do dnia 13.01.2017 r. (termin ważności gwarancji)”*.

Zdaniem składu orzekającego Izby wskazanie innego (krótszego) niż wymagany przez zamawiającego okresu ważności gwarancji nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej (jak twierdził odwołujący w piśmie do zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r.), ponieważ wskazanie okresu ważności gwarancji: *„od dnia 14.11.2016r. do dnia 13.01.2017r. (termin ważności gwarancji)”* jest jak najbardziej zrozumiałe i poprawne.

Zupełnie odrębną kwestią jest natomiast to, że poprawnie określony w złożonym przez odwołującego Aneksie Nr 1 okres ważności gwarancji jest niezgodny z wymogiem zamawiającego, co skutkować musi odrzuceniem oferty.

Odwołujący oczekiwał tymczasem zbadania przez zamawiającego nie tylko treści dokumentu, ale także okoliczności, w których oświadczenie gwaranta zostało złożone. Odwołujący obowiązek zastosowania przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wykładni oświadczenia woli ubezpieczyciela art. 65 § 1 k.c. wyprowadził z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowiska tego skład orzekający Izby nie podzielił.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”*.

Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca przewiduje zatem „jedynie” w przypadku czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców. Nie jest więc możliwe ich stosowanie (w tym art. 65 § 1) w przypadku czynności (oświadczeń) innych podmiotów, np. gwaranta (ubezpieczyciela).

Biorąc powyższe pod uwagę oparcie się przez zamawiającego, przy ocenie skuteczności złożonego przez odwołującego wadium, wyłącznie na treści dokumentów, którymi zamawiający dysponował przed upływem terminu składania ofert – na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 908207306087/KA/GP/WR19/2016 oraz Aneksie Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. złożonym wraz z ofertą, w szczególności z pominięciem wyjaśnień ubezpieczyciela z dnia 4 listopada 2016 r., skład orzekający Izby uznał za prawidłowe.

Skład orzekający Izby uznał także, że złożony po upływie terminu składania ofert Aneks nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. stanowi nowy dokument, który nie mógł zostać przez zamawiającego uwzględniony, ponieważ – o czym mowa poniżej (drugi zarzut) – uzupełnienie dokumentu wadialnego nie jest dopuszczalne.

Skład orzekający Izby zaważa nadto, że prowadzenie przez zamawiającego kilku czy wielodniowych ustaleń (wymiana korespondencji, składanie oświadczeń w tym np. z podmiotami zagranicznymi) co do tego, jakie były okoliczności złożenia oświadczenia budzi sprzeciw z dwóch co najmniej powodów.

Po pierwsze, w kontekście pewności zamawiającego co do zabezpieczenia jego interesów od momentu upływu terminu składania ofert (nie zaś po kilku dniach).

Po drugie, w kontekście potencjalnych zachowań wykonawcy, który po terminie składania ofert i zapoznaniu się z cenami, terminami wykonania zamówienia, okresami gwarancji, czy warunkami płatności (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp) ofert konkurencyjnych może odstąpić od „sanowania” wadium, zależnie od własnej oceny swoich szans w uzyskaniu zamówienia.

Bez znaczenia pozostaje stanowisko odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na czas podejmowania czynności w toku tego postępowania przez zamawiającego (komisja przetargowa nie zakończyła oceny ofert do dnia 14 listopada 2016 r.), interesy zamawiającego nie były zagrożone.

Po pierwsze, brak zagrożenia interesu zamawiającego odwołujący wiązał wyłącznie z przypadkiem odmowy podpisania umowy przez odwołującego, co jest niewystarczające ze względu na szerszy katalog przesłanek zatrzymania wadium.

Wskazać bowiem należy na przepis art. 46 ust. 4a zgodnie z którym *„Zamawiający zatrzymuje wadium (...) 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 poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej,,*

Po drugie, ocena skuteczności wniesienia wadium nie może być uzależniona od tego, jak szybko w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego swoje czynności wykonuje zamawiający. To nie różne dla różnych zamawiających uwarunkowania techniczno-organizacyjne prowadzonych postępowań, ale przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp przesądza o tym, kiedy wadium musi być wniesione. W każdym przypadku musi to nastąpić – niezależnie w szczególności od podmiotu zamawiającego i jego możliwości organizacyjno-technicznych, przedmiotu zamówienia, czy formy wadium – przed upływem terminu składania ofert.

Skład orzekający Izby oddalił wnioski dowodowe odwołującego o dopuszczenie dowodów z przesłuchań świadków oraz z oświadczenia K. F. złożonego na rozprawie,

ponieważ ich celem było ustalenie okoliczności, które nie mogły zostać uwzględnione przy rozstrzygnięciu sprawy.

W świetle zaprezentowanych rozważań skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z postanowieniem punktu 10.1 SIWZ w wyniku czego zamawiający przyjął, że oczywista omyłka w treści gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej w celu wniesienia przez odwołującego wadium w postępowaniu nie może podlegać poprawieniu, uzupełnieniu ani wyjaśnieniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby oparł się na ustaleniach faktycznych poczynionych powyżej (dla zarzutu pierwszego).

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, że w rozdziale 10 *Wadium, zabezpieczenie należytego wykonania umowy* pkt 10.1. SIWZ zamawiający zawarł postanowienie: „*Warunkiem udziału w Postępowaniu jest skuteczne wniesienie wadium w wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100)*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma obecnie, po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., następujące brzmienie: „*Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. , lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*”.

Odwołujący postawił zarzut zaniechania przez zamawiającego zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a to w związku z postanowieniem 10.1. SIWZ.

Odwołujący sformułował zarzut w następujący sposób: „*Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów: (...) art. 26 ust. 3 ustawy PZP w związku*

z postanowieniem punktu 10.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegające na zaniechaniu jego zastosowania, w wyniku czego Zamawiający przyjął, że oczywista omyłka w treści gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej w celu wniesienia przez Odwołującego wadium w Postępowaniu nie może podlegać poprawieniu, uzupełnieniu ani wyjaśnieniu” (str. 2 odwołania).

Innymi słowy, obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miał, zdaniem odwołującego, wynikać z postanowienie pkt. 10.1. SIWZ.

Stanowisko odwołującego nie jest uprawnione.

Po pierwsze, stwierdzić należy stanowczo, że postanowienia SIWZ nie mogą kreować odmiennych od prawa zamówień publicznych reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w tym przypadku oznacza, że obowiązek zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie mógłby wynikać z treści pkt. 10.1. SIWZ, ale wyłącznie z ustawy.

Po drugie, odwołującemu – profesjonalnemu uczestnikowi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego winny być znane przepisy o zamówieniach publicznych. Te zaś nie kwalifikują wadium jako warunku udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym (odnoszącym się do wykonawcy), czy przedmiotowym (odnoszącym się do oferowanego przedmiotu zamówienia).

O ile rzeczywiście postanowienie pkt. 10.1. SIWZ nie było dla odwołującego jasne (co w świetle rozważań poniżej nie jest uzasadnione) rzekomą niejasność SIWZ odwołujący mógł wyjaśnić przed terminem składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko odwołującego wynika jednak wyłącznie z przyjętej przez odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego strategii.

Po trzecie, treść postanowienia 10.1. SIWZ jest jasna i nie daje podstaw, aby użytemu tam sformułowaniu „warunkiem udziału w postępowaniu” nadać takie oto znaczenie, że wniesienie wadium jest jednym z tzw. „warunków podmiotowych” czy tzw. „warunków przedmiotowych” udziału w postępowaniu, w przypadku których ustawa dopuszcza uzupełnianie oświadczeń i dokumentów składanych na ich potwierdzenie.

Brak takiego doprecyzowania w pkt. 10.1. SIWZ (abstrahując od kwestii zgodności z przepisami ustawy) oraz fakt, że warunki udziału w tym postępowaniu i dokumenty na potwierdzenie ich spełniania zostały ujęte przez zamawiającego w rozdziale 3 „Warunki udziału w postępowaniu, wykaz oświadczeń lub dokumentów oraz zasady dotyczące wykonawców występujących wspólnie”, prowadzić musi do wniosku, że w pkt. 10.1. SIWZ

zamawiający nie określił warunku podmiotowego czy przedmiotowego, do którego miałby zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w przypadku nie wykazania jego spełnienia).

Wyraz „warunek” w pkt. 10.1. należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem w języku polskim, tj. „czynnik, od którego uzależnione jest istnienie lub zajście czegoś”. Postanowienie pkt. 10.1. SIWZ należy zatem interpretować w ten sposób, że aby stać się oferentem w postępowaniu należy skutecznie złożyć wadium w wysokości 30.000,00 zł.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący zaprezentował częściowo argumentację (str.15-17) pozostającą w oderwaniu od powiązania naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z pkt. 10.1. SIWZ (dopiero począwszy od trzeciego akapitu na stronie 17 odwołujący zaprezentował argumentację dotyczącą naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w powiązaniu z pkt. 10.1. SIWZ).

Także jednak w tym zakresie skład orzekający Izby stanowiska odwołującego nie podzielił.

Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 3 ustawy Pzp „*Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert*”.

Ustanowiony ww. przepisem ustawowy nakaz wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert to jednocześnie zakaz wniesienia wadium po tym terminie, przez co rozumieć należy także zakaz uzupełnienia wadium po upływie terminu składania ofert.

Tak jak w przypadku wadium wniesionego w kwocie niższej niż żądana przez zamawiającego oczywistym jest uznanie za niedopuszczalne uzupełnienia tego wadium, poprzez dokonanie „wpłaty uzupełniającej” po upływie terminu składania ofert, tak w odniesieniu do wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej za niedopuszczalne należy uznać jego uzupełnienie, poprzez doręczenie zamawiającemu czy to nowego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, czy to dokumentu w postaci aneksu do uprzednio złożonej (przed terminem składania ofert) gwarancji ubezpieczeniowej.

Odmienne traktowanie różnych form wadium, składanych w tym samym celu i „równoważnych” (ustawowo dopuszczonych – art. 45 ust. 6 ustawy Pzp) stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno bowiem zaakceptować stanowisko, iż zakres uprawnień wykonawcy składającego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest szerszy niż wykonawcy składającego wadium w innej, zgodnej z ustawą formie.

Nie do zaakceptowania byłby także sam sposób, w jaki uzupełnienie miałyby nastąpić. W szczególności w przypadku wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zaakceptowanie uzupełniania wadium oznaczałoby także zaakceptowanie możliwości składania gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych już po upływie terminu składania ofert, czy też aneksów sporządzonych już po terminie składania ofert, co byłoby wprost sprzeczne z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, który jest kluczowym, szczególnym przepisem odnoszącym się do wadium wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Potwierdzeniem, że uzupełnienie wadium po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne jest także sformułowanie przez ustawodawcę przesłanki odrzucenia oferty dotyczącej wadium.

Zgodnie z przepisem 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”*.

Obowiązkiem zamawiającego jest więc nie tylko odrzucenie oferty w przypadku, gdy wadium zabezpieczające ofertę w ogóle nie zostało wniesione, ale także w przypadku, gdy wniesiono wadium nieprawidłowe, tj. takie, które nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań np. co do wysokości, terminu (w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej – co do okresu jej ważności), czy okoliczności zatrzymania wadium.

Podnieść przy tym należy, że pkt 7b nie zawiera zastrzeżenia jak ma to miejsce w przypadku przesłanki odrzucenia z pkt. 2 art. 89 ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”*, tj. art. 89 ust. 1 pkt 7b nie nadano brzmienia: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”*.

Z powyższych względów należy uznać, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania do dokumentów wadialnych.

W konsekwencji brak jest podstaw, aby przyjąć, że obowiązek zamawiającego, polegający na odrzuceniu oferty z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy aktualizuje się dopiero po podjęciu przez zamawiającego próby sanowania wadium, w szczególności – jak chciałby odwołujący – po wezwaniu go przez zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia wyjaśnień co do gwarancji ubezpieczeniowej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle zaprezentowanych rozważań skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Na marginesie skład orzekający Izby zwraca uwagę na fakt, że zarzut zaniechania zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z postanowieniem 10.1. SIWZ odwołujący postawił, mając jedynie wątpliwość naruszenia tego przepisu przez zamawiającego – w uzasadnieniu odwołania (str. 15) odwołujący stwierdził, że *„Zamawiający uznał, że dokumenty obejmujące potwierdzenie wniesienia wadium przez wykonawcę wymaganego wadium nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu ani wyjaśnieniu. Stanowisko to jest wysoce wątpliwe na gruncie przepisu art. 26 ust. 3 PZP w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r. (...)”*.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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: