

Sygn. akt: KIO 1759/10

**WYROK**  
**z dnia 30 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 sierpnia 2010 r. przez **Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Bryś Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS”, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136**, w postępowaniu prowadzonym przez **Małopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, 31-153 Kraków, ul. Szlak 73**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Bryś Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS”, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Bryś Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS”, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty przez Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Bryś Przedsiębiorstwo Wielobranżowe**

**„BUDIMPEKS”, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136** na rzecz **Małopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych, 31-153 Kraków, ul. Szlak 73** kwoty 220 zł 00 gr (słownie: dwieście dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Skład orzekający Izby:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Małopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Rozbudowę prawego wału rzeki Małej Wisły w km 0+000 – 0+800, msc. Jawiszowice, gm. Brzeszcze, pow. Oświęcimski, woj. Małopolskie.*

W dniu 16 sierpnia 2010 r. wykonawca Wiesław Bryś, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Bryś Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS”, wniósł odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. W ocenie Odwołującego wniesione wadium było prawidłowe, zawiera jedynie nieistotną omyłkę pisarską w określeniu końcowej daty obowiązywania gwarancji wadialnej – zamiast 23 lipca 2010 r. powinno być 23 sierpnia 2010 r. Zdaniem Odwołującego jest to oczywista omyłka pisarska, na dowód czego Odwołujący przedstawił oświadczenie ubezpieczyciela.

Odwołujący podniósł, iż pomimo tej omyłki w dokumencie gwarancji wadialnej, na podstawie właściwego wniosku Odwołującego i zawartej poprawnej umowy ubezpieczenia, zachowuje ona swoją ważność do dnia 23 sierpnia 2010 r., tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający mógł wyjaśnić kwestię daty obowiązywania gwarancji w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wykluczając z postępowania Odwołującego – który złożył najkorzystniejszą ofertę – naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również określone w przepisach ustawy o finansach publicznych zasady gospodarowania środkami publicznymi.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania oraz nakazanie powtórzenia czynności

oceny i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W dniu 25 sierpnia 2010 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i podnosząc, iż niemożliwe było poprawienie końcowej daty obowiązywania gwarancji wadialnej, ponieważ wiązałoby się to z niedopuszczalną zmianą warunków zabezpieczenia złożonej oferty oraz stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto Zamawiający podniósł, że wadium nie stanowi treści oferty, a tylko omyłki w treści oferty mogą być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Na podstawie dokumentacji przetargowej Izba ustaliła, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 lipca 2010 r., a okres związania ofertą wynosił 30 dni. Zamawiający żądał wniesienia, przed upływem terminu składania ofert, wadium w wysokości 30.000 zł. W punkcie VII.2.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczeń, okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania ofertą.

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną, która – zgodnie z informacjami zawartymi w punkcie 3 – *jest ważna w okresie od 22.07.2010 r. do 23.07.2010 r. (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”)*. W dniu 10 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu wskazując, że wniesione wadium zabezpiecza ofertę na okres krótszy niż wymagany przez Zamawiającego w SIWZ, tj. niż okres związania ofertą.

Bezsporne między stronami jest, że termin ważności gwarancji określony w jej treści był niezgodny z wymogami Zamawiającego. Rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy złożenie takiej gwarancji wraz z ofertą uzasadniało wykluczenie Odwołującego z postępowania, czy też Zamawiający miał obowiązek wyjaśnienia błędu i ewentualnego poprawienia, bądź przyjęcia na podstawie udzielonych wyjaśnień, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego była prawidłowa. Izba podzieliła ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie

są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. 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. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

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, 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 uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej – jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 868/08, nie ma w Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Niemożność poprawienia zapisów gwarancji ubezpieczeniowej w związku z nieobjęciem gwarancją całego okresu związania ofertą była prawidłowym powodem wykluczenia wykonawcy.

Z powyższego wynika, 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.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że gwarancja zawierająca błędnie oznaczony okres ważności wadium, powinna być uznana za prawidłową na podstawie art. 65 Kodeksu cywilnego, nakazującego interpretację oświadczeń woli z uwzględnieniem okoliczności, w których złożone zostało, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Interpretacja taka nie może być stosowana wbrew rygorom wprowadzonym ustawą Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Skład orzekający Izby:**

.....