

**Sygn. akt: KIO/54/11**

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, 76-200 Słupsk, ul. Przemysłowa 73**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego Sp. z o.o., 76-200 Słupsk, ul. Fabryczna 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, 76-200 Słupsk, ul. Przemysłowa 73** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, 76-200 Słupsk, ul. Przemysłowa 73** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Słupsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach Projektu pn. Przebudowa połączenia komunikacyjnego pomiędzy drogą wojewódzką nr 210 i SSSE w ciągu ulic Poniatowskiego i Grunwaldzkiej wraz z kontynuacją przebudowy ulicy Sobieskiego w Słupsku”*, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 września 2010 r. za numerem 2010/S 178-271394.

Dnia 31 grudnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku oraz o wykluczeniu, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych – oferty wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Zdaniem Zamawiającego, niedopuszczalna jest zmiana treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert. Dokumenty przedłożone przez STRABAG sp. z o.o., do oferty, nie potwierdzają spełnienia warunku, ponieważ gwarancja bankowa z błędnie wystawioną datą ważności (19 stycznia 2010 roku) jest wadliwa. Ze względu na fakt, iż wadium nie jest dokumentem oferty, nie jest możliwe uzupełnienie oferty w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i poprawienia w ofercie oczywistej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków (zwany dalej „*Odwołującym*”) i dnia 10 stycznia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp przez błędną ich wykładnię prowadzącą do wykluczenia z postępowania Odwołującego,
- 2) art. 7 ustawy Pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie interes Zamawiającego w postępowaniu został zabezpieczony i nie istniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał, że w Aneksie nr 1 jako data przedłużenia okresu gwarancji został wskazany omyłkowo dzień 19 stycznia 2010 r. zamiast 19 stycznia 2011 roku. Zgodnym zamiarem stron, to jest Odwołującego oraz Gwaranta (banku) było przedłużenie gwarancji do dnia 19 stycznia 2011 roku. Potwierdza to, zdaniem Odwołującego przede wszystkim fakt, że w Aneksie nr 1 ING Bank Śląski S.A. jednoznacznie wskazał, że przedłuży ważność Gwarancji wadialnej Nr SLG/I-INT/10. Skoro zatem gwarancja pierwotnie była udzielona do 31 grudnia 2010 r. - to jej przedłużenie Aneksem nr 1 nie mogło oznaczać wydłużenia tego terminu do 19 stycznia 2010 roku. To bowiem jest data sprzed wystawienia Aneksu nr 1. Oznacza to, że w treści Aneksu nr 1 do gwarancji wadialnej Nr SLG/I-INT/10 ING Bank Śląski S.A. omyłkowo oznaczył datę przedłużenia ważności Gwarancji wadialnej Nr SLG/I-INT/10. Inne elementy Gwarancji wadialnej Nr SLG/I-INT/10 oraz Aneksu nr 1 określono w sposób prawidłowy (gwaranta i beneficjenta, a więc strony umowy, przedmiot, postępowanie, którego dotyczy).

Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności potwierdził także ING Bank Śląski S.A. swoim pismem z dnia 30 listopada 2010 r. załączając jednocześnie Aneks nr 2, w którym sprostował wynikłą omyłkę pisarską. Wskazane dokumenty zostały przesłane bezpośrednio Zamawiającemu, w dniu 2 grudnia 2010 r., co potwierdził Zamawiający w swoim piśmie z dnia 31 grudnia 2010 roku.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dysponuje ważnym wadium, które zabezpiecza jego uprawnienia w postępowaniu.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 stycznia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 11 stycznia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Dnia 13 stycznia 2011 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp. z o.o., ul. Fabryczna 1; 76-200 Słupsk zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, dnia 18 stycznia 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp. z o.o., ul. Fabryczna 1; 76-200 Słupsk do udziału w postępowaniu odwoławczym – po stronie Zamawiającego.

Odwołujący do oferty załączył „Gwarancję Wadialną” Nr SLG/1-INT/10 z dnia 19 października 2010 roku wraz z Aneksem Nr 1 z dnia 29 października 2010 roku.

Wystawca gwarancji, ww. aneksem przedłużył ważność gwarancji o numerze SLG/1-INT/10 z dnia 19 października 2010 roku, wystawionej na rzecz Zamawiającego - do dnia 19 stycznia 2010 roku.

Pismem z dnia 30 listopada 2010 roku wystawca gwarancji ING Bank Śląski przesłał do Zamawiającego pismo, w którym poinformował, iż cyt. „*W wyniku omyłki pisarskiej, w treści ww. aneksu (przyp. Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr SLG/1-INT/10) do gwarancji bankowej została wprowadzona błędna data przedłużenia gwarancji. Datę 19 stycznia 2010 roku traktować należy, jako 19 stycznia 2011 roku. Wszystkie pozostałe zapisu Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr SLG/1-INT/10 pozostają bez zmian.*”.

W załączeniu do powyższego pisma Gwarant załączył Aneks Nr 2 do ww. gwarancji wadialnej.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby mają zastosowanie przepisy Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) Kodeks cywilny, w szczególności przepis art. 65 § 1, który stanowi wykładnię oświadczenia woli. Przepis art. 65 Kc. stanowi, iż „*Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*”.

Wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi (P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, s. 153). Zgodnie z art. 60 k.c., oświadczenie woli stanowi każde zachowanie się osoby dokonywającej czynności prawnej, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

O tym, czy dana wypowiedź (zachowanie) może być uznana za oświadczenie woli, decyduje ocena uwzględniająca kryteria określone w art. 60. Już ta ocena wymaga interpretacji przy uwzględnieniu reguł wykładni z art. 65 (podobnie P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, s. 153, zdaniem którego badanie, czy dana wypowiedź jest oświadczeniem woli, stanowi pierwszy etap wykładni na gruncie art. 65). Ten punkt widzenia pozostaje w zgodzie z ogólną koncepcją wykładni Z. Radwańskiego. Uważa on, że wykładnia dotyczy najpierw kwalifikacji danego zachowania, jako oświadczenia woli, a nie tylko ustalenia treści danego oświadczenia. Według tego autora, „nie ma żadnych uzasadnionych racji, aby przyjmować inne metody działania prowadzące do ustalenia treści oświadczenia woli, a inne dla oceny, czy określone zachowanie w ogóle ma walory

oświadczenia woli” (Z. Radwański, *Zagadnienia ogólne wykładni oświadczeń woli*, NP 1986, nr 9, s. 27, 28).

W powyższym względzie, wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy. I tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 roku, sygn. akt V CSK 474/07 orzekł, że *Jeżeli wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron. Na tym etapie wykładni ma także znaczenie zachowanie się stron po zawarciu umowy oraz w trakcie jej wykonywania*, oraz w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07, gdzie SN orzekł, że *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 KC). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej).*

W rozumieniu wyżej cytowanych orzeczeń SN, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium, w sposób należyty gwarantujący Zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji, w przypadku uchylenia się przez Odwołującego od obowiązku podpisania umowy, bądź wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej, tj. ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium.

Zwrócić bowiem należy uwagę na cel, w jakim zostaje ustanowione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami,

jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ustępie 5 w/w przepisu ustawodawca wskazał również, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyższe, jednoznacznie wskazuje na charakter wadium, które można odczytywać, jako zabezpieczenie Zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym wykonawcą oraz przed ewentualną złą współpracą wykonawców w celu uzyskania zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaje się nie występować żadna z wyżej wymienionych ewentualności.

Wskazać również należy na błędne stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie wskazywał, iż treść gwarancji wadialnej wraz z załączonym aneksem, załączone do oferty, powodować może możliwość manipulacji przez wykonawców. Manipulacja miałyby dotyczyć, w przypadku udzielenia zamówienia temu wykonawcy, sytuacji braku możliwości zaspokojenia się z gwarancji, w przypadku uchylenia się przez wykonawcę od podpisania umowy.

Otóż wskazać należy, iż Odwołujący nie jest wystawcą gwarancji i nie może bezpośrednio wpływać na jej treść, co oznacza brak możliwości samodzielnego kreowania treści gwarancji wadialnej czy też wystawianych do tej gwarancji aneksów.

W ocenie Izby, w odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego sprawy, na aprobatę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 930/09, w którym Izba wskazała, że *„Izba uznała, że nie ma możliwości poprawienia omyłki pisarskiej w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert, gdyż ustawa Pzp nie daje takiej możliwości. Niemniej jednak, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 k.c., 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. Ten sam zwrot może bowiem oznaczać co innego w różnym kontekście, np. w zależności od rodzaju i celu czynności. Niewątpliwym 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 stwierdzić należy, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy. Dlatego też Izba stwierdziła, iż błąd w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy gwarancja ubezpieczeniowa została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa.”.*

W ocenie Izby orzeczenia, na które powołuje się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnoszą się do odmiennego stanu faktycznego sprawy, gdyż dotyczą treści gwarancji, właściwie zmiany jej brzmienia do treści wymaganej przez Zamawiającego. Nie odnoszą się do oczywistej omyłki pisarskiej dotyczącej daty.

Nie jest bowiem możliwe, z logicznego punktu widzenia, przedłużenie ważności gwarancji wadialnej do wstecznej daty, sprzed roku.

W tym stanie faktycznym, Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przyznanie kosztów postępowania w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, gdyż zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 ppkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł. Pełnomocnikiem Odwołującego na rozprawie była osoba (wg. oświadczenia złożonego na rozprawie) – pracownik STRABAG sp. z o.o., natomiast faktura wystawiona została przez Andrzeja Rybickiego – radcę prawnego.

Skoro zatem pełnomocnik (wskazany w fakturze) nie reprezentował strony na rozprawie, to nie jest możliwe przyznanie kosztów jego wynagrodzenia.

**Przewodniczący:**

.....