

Sygn. akt: KIO 150/12

WYROK
z dnia 9 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6 i 9 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2012 r. przez **Marię Gulczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Kalisz**

przy udziale uczestnika postępowania **Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta „EKO” Jerzy Rudowicz, Sławomir Rudowicz sp. j. w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO” Jerzy Rudowicz, Sławomir Rudowicz sp. j. w Kaliszu oraz unieważnienie czynności wykluczenia Marii Gulczyńskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska, a także nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert na rejon I z uwzględnieniem oferty Marii Gulczyńskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska,
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Kalisz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Marię Gulczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Miasta Kalisz** na rzecz **Marii Gulczyńskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 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 Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 150/12

Uzasadnienie

Miasto Kalisz zwane dalej „zamawiającym”, działając 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.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na bieżące utrzymanie i pielęgnację zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012 – 2013 – rejon I.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 215 – 350828.

W dniu 16 stycznia 2012 r. (wpływ bezpośredni – adnotacja na piśmie) pismem z dnia 13 stycznia 2012 r. zamawiający zawiadomił Marię Gulczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MG Maria Gulczyńska (dalej „odwołujący”) o wyniku postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej na rejon I przez Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „EKO” Jerzy Rudowicz, Sławomir Rudowicz sp. j. w Kaliszu (dalej „Eko” lub „przystępujący”), a także o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Dnia 25 stycznia 2012 r. pismem z dnia 24 stycznia 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując tego samego dnia zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 i ust. 4 ustawy przez błędną ich wykładnię prowadzącą do wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania i odrzucenia jego oferty oraz art. 7 Pzp w związku z prowadzeniem postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji naruszony został w powiązaniu z powołanymi wyżej przepisami art. 5 kc i art. 65 kc.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej na rejon I oferty Eko;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego na skutek wykluczenia z postępowania;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w rejonie I.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty odwołujący wskazał, iż ofertę złożył w terminie – termin składania ofert mijał 15 grudnia 2011 r.

Zamawiający w punkcie 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) wskazał wysokość wadium w postępowaniu, które zróżnicował dla poszczególnych części (rejonów). Dla rejonu I, na który ofertę złożył odwołujący, zamawiający określił wadium w wysokości 15.000 zł.

Zgodnie z punktem 12.2 siwz formę wniesienia wadium wybiera wykonawca spośród przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy. Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej także „Gwarant”) wystawiło, na podstawie wniosku odwołującego, dokument gwarancyjny nr 953-A306012 z dnia 14 grudnia 2011r.

Odwołujący zgodnie z treścią punktu 12.4 siwz oryginał dowodu wniesienia wadium w odrębnej koszulce włożył do koperty z ofertą, a kserokopię wpiął do oferty.

Zamawiający w punkcie 13 siwz określił termin związania ofertą na 60 dni, a zatem termin ważności gwarancji to przedział czasowy od 15 grudnia 2011 r. do 13 lutego 2012 r. Po złożeniu oferty odwołujący, przeglądając dokumentację, dostrzegł, iż w treść dokumentu gwarancyjnego wkradły się oczywiste błędy pisarskie. Po porównaniu dokumentu

wystawionego przez Gwaranta z wnioskiem odwołujący niezwłocznie poinformował o pomyłce cyfrowej przedstawiciela Gwaranta w Kaliszu, a Gwarant w dniu 15 grudnia 2011 r. sporządził stosowny aneks nr 1 do gwarancji nr 953-A306012, stwierdzając, iż skreśla się zapis:

„Gwarancja niniejsza ważna jest w okresie od 15.12.2011 do 13.02.2011”, „pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012-2013 rejon I” wprowadzając zapis: „Gwarancja niniejsza ważna jest w okresie od 15.12.2011 do 13.02.2012” i „pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012-2013 rejon I”.

Poza aneksem Gwarant wystosował zarówno do odwołującego, jak i zamawiającego odrębne pismo z dnia 20 grudnia 2011r., w którym wskazał iż: „stwierdzono ewidentny błąd pisarski w oznaczeniu roku w dacie ważności gwarancji”. Gwarant oświadczył jednocześnie, iż „oczywistym jest, iż zgodnie z warunkami przetargu gwarancja jest ważna, a zaistniała omyłka pisarska nie wpływa w żaden sposób na prawidłowe zabezpieczenie oferty”. Po otrzymaniu wyjaśniającego pisma od Gwaranta, odwołujący w dniu 21 grudnia 2011 r. przedłożył zamawiającemu uzupełniająco oryginał i kopię aneksu oraz wskazał, iż nie ulega wątpliwości, że tak oczywisty błąd pisarski (cyfra) nie może powodować negatywnych konsekwencji, gdyż cel w postaci odpowiedniego zabezpieczenia wadialnego został w pełni zachowany. Nadto odwołujący już wówczas wnosił do zamawiającego, aby złożone dokumenty traktował jako ważne zgodnie z treścią przepisu art. 65 kc, co jednoznacznie potwierdza również oświadczenie wystawcy gwarancji.

Odwołujący argumentował, iż przedłożył zamawiającemu własne wyjaśnienie, oświadczenie Gwaranta i aneks nr 1 jeszcze przed wystosowaniem przez zamawiającego jakichkolwiek wezwań do uzupełnień czy wyjaśnień, które następnie licznie kierował do poszczególnych wykonawców w niniejszym postępowaniu. Nie było więc tutaj woła ani odwołującego, ani Gwaranta doprowadzenie do stanu, w którym zamawiający mógłby obawiać się o rzeczywiste zabezpieczenie wadialne oferty.

Zamawiający nie uwzględnił stanowiska odwołującego i Gwaranta, wykluczając odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W następstwie tej decyzji zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej na rejon I oferty Eko. Zawiadomienie o wyniku postępowania doręczył odwołującemu poślaniec zamawiającego w dniu 16 stycznia 2012 r.

W uzasadnieniu zamawiający przywołał brzmienie punktu 12.6 siwz, który stanowi: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, poręczenia z ich treści musi jednoznacznie wynikać: nazwa zlecającego, beneficjenta gwarancji, gwaranta wraz z adresami ich siedzib, określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją; kwota gwarancji; termin ważności gwarancji, bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy”. Na tej podstawie zamawiający uznał, że oferta nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona i nie uwzględnił przedłożonego mu stanowiska odwołującego i Gwaranta, które omawiano powyżej.

Wbrew stanowisku zamawiającego odwołujący nie miał wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie winny znaleźć również przepisy kodeksu cywilnego, a w szczególności przepis art. 65 § 1 dotyczący wykładni oświadczenia woli. Ze względu na charakter powstałego błędu (pomyłka literowa) niniejszą sytuację należy ocenić odmiennie niż stany faktyczne opisane w przywołanych przez zamawiającego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zdaniem odwołującego skuteczność wadialnego zabezpieczenia wobec treści oświadczeń przedłożonych zamawiającemu nie może być tutaj czynnikiem poddawany w wątpliwość, a odnieść należy się pomocniczo ewentualnie do samej wykładni. Odwołujący wskazał, powołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 54/11, że „(...) 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)”.

Odwołujący dowodził, odwołując się do art. 65 kc stanowi, iż z utrwalonej już linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, dokonując oceny danych okoliczności należy kierować się racjonalnością i zachowaniem samych stron (tu odwołującego i Gwaranta). Taka teza wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 474/07), w którym orzeczono, 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”. Także w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) Sąd Najwyższy 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)”.

Zdaniem odwołującego dla oceny powstałej omyłki literowej zasadniczą kwestią pozostaje ocena, czy Gwarant mógłby uchylić się ze szkodą dla zamawiającego z obowiązku zapłaty wadium. Wobec tak oczywistego stanu faktycznego, za jaki uznać należy irracjonalne pomyłki pisarskie w omawianym dokumencie gwarancji wadium, najistotniejsze wydaje się być samo stanowisko Gwaranta. Ten natomiast, w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości co do skuteczności wadium, przedłożył na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego dodatkowe oświadczenie z dnia 19 stycznia 2012 r., w którym stanowczo stwierdza, iż „dokument pierwotnej gwarancji jest ważny i w pełni wykonalny na każde żądanie Zamawiającego, a powstałe oczywiste błędy pisarskie nie mogą powodować negatywnych prawnych konsekwencji, gdyż rozumienie treści dokumentu gwarancyjnego powinno być zgodne nie tylko z charakterem dokumentu, ale również z wynikającymi z okoliczności zasadami współpracy gospodarczej i samego sensu wystawienia w/w dokumentu (...)”.

W konsekwencji odwołujący wskazał, iż jego oferta zabezpieczona została wadium w sposób należyty i gwarantujący zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji w przypadku uchylenia się przez odwołującego od obowiązku podpisania umowy. Podniósł, iż w cytowanym już wcześniej wyroku KIO w sprawie o sygn. akt 54/11, Izba precyzyjnie wskazała, iż „ (...) omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadium (...) 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”.

Odwołujący, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, nie budzące wątpliwości stanowisko Gwaranta w zakresie skuteczności zabezpieczenia oraz brzmienie obecnych przepisów ustawy wyraził pogląd, iż na aprobatę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 930/09), w którym Izba wskazała, iż: „(...) 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 kc, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...) Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - PZU SA) 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”.

Dalej odwołujący podkreślił, iż po analizie przywołanych w uzasadnieniu przez zamawiającego przykładów z orzecznictwa, nie negując zawartych w nich tez, zauważyć trzeba, iż odnoszą się one do odmiennych sytuacji faktycznych, a przywołany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r. w sprawie o sygn. II CRN 123/95 opisuje zupełnie inne okoliczności faktyczne i prawne. Przedstawione orzeczenia odnoszą się w różny sposób najczęściej do treści gwarancji, jednak nie podejmują tematu oczywistej omyłki pisarskiej dotyczącej daty, czy poszczególnej cyfry widniejącej na dokumencie.

Zdaniem odwołującego byłoby nielogiczne z punktu widzenia wszystkich stron niniejszego postępowania, aby omyłkowa data 2913 zamiast 2013 była racjonalna, a ważność gwarancji wadliwej oznaczać można byłoby wstecznie o niemal rok (13.02.2011 zamiast 13.02.2012), podczas gdy okres początkowy ważności gwarancji jest prawidłowy tj. 15.12.2011 i obejmuje zgodnie z siwz 60-dniowy okres następujący po tej dacie.

Konkludując odwołujący stwierdził, iż w opisanym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę charakter omyłki pisarskiej, a także przedłożone przez odwołującego i Gwaranta dokumenty, odwołanie jest uzasadnione.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. Eko (wpływ bezpośredni dnia 27 stycznia 2012 r.) do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania. W odpowiedzi Eko, pismem z dnia 27 stycznia 2012 r. (wpływ do Prezesa Izby w dniu 30 stycznia 2012 r. potwierdzony prezentatą), zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca Eko wskazał, iż załączona do oferty odwołującego gwarancja powołuje się w swej treści na przedmiot zamówienia „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012 - 2013 - rejon I” - co jest niezgodne z wymogami i treścią siwz. Ponadto w swej treści gwarancja zawiera postanowienie iż: „Gwarancja niniejsza jest ważna w okresie od 15.12.2011 do 13.02.2011 i wygasa automatycznie”, co oznacza, że w momencie załączenia do oferty gwarancja ta już wygasła, a w konsekwencji wadium nie zostało wniesione. Dalej Eko, powołując się na orzecznictwo Izby wskazało, iż nie należy do oczywistych omyłek pisarskich poprawienie w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert (wyrok KIO z 30 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 930/09). W przedmiotowej sprawie termin składania ofert upłynął dnia 15 grudnia 2011 r. o godz. 13.00 i do tego czasu do oferty odwołującego był załączony dokument gwarancji z datami wskazanymi jw. Eko podnosiło, iż

w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp dotyczący wyjaśnienia treści merytorycznej oferty, a także przepisy odnoszące się do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych czy wadium stanowiącego zupełnie odrębną czynność prawną od oferty. Wskazane zostało także, iż nie zasługują na uwzględnienie wyjaśnienia składane przez odwołującego po upływie terminu składania ofert, co potwierdza orzecznictwo KIO np. wyrok z 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 352/09). Wadliwie wniesione wadium nie można konwalidować po upływie terminu składania ofert (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 69/09). W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej ustanowienie wadium następuje z chwilą wystawienia dokumentu gwarancyjnego przez ubezpieczyciela, zaś wniesienie wadium następuje z chwilą złożenia tego dokumentu zamawiającemu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1867/09). Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku – gwaranta (wyrok KIO z 23 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1180/10).

Przystępujący argumentował, iż gwarancja bankowa, ubezpieczeniowa, poręczenie bankowe, poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej jako dokumenty nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W pkt. 12.6 siwz zostało stwierdzone, iż z treści gwarancji musi jednoznacznie wynikać m.in. termin ważności gwarancji. Załączona gwarancja podaje termin jej ważności do 13 lutego 2011 r., a zatem termin, który upłynął przed złożeniem oferty przez odwołującego. Błędy zawarte w gwarancji dyskwalifikują jej wykonalność, tym samym nie można uznać, że oferent wniósł wadium. W konsekwencji taki stan rzeczy stanowi podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Przystępujący podzielił pogląd wyrażony w orzeczeniu KIO UZP z 4 marca 2011 r., (sygn. akt KIO/UZP 333/11), zgodnie z którym „ustawa nie przewiduje odrębnego trybu „wyjaśnienia” treści dokumentu gwarancji, gdyż skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego w formie gwarancji, mającej charakter zobowiązania abstrakcyjnego, odrębnego od zobowiązania z oferty, powinna w sposób jasny, pewny i jednoznaczny wynikać z treści dokumentu gwarancji wskazującego w sposób właściwy okoliczności, w których zamawiający będzie mógł skorzystać z zabezpieczenia wadialnego oferty”.

Stwierdził dalej przystępujący, iż także sądy cywilne traktują gwarancję ubezpieczeniową i jej elementy składowe bardzo rygorystycznie. Możliwości rozpatrywania treści gwarancji przez pryzmat art. 65 kc są bardzo ograniczone i nie mogą dotyczyć jej essentialia negotii, do

których niewątpliwie należy termin ważności gwarancji. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACa 761/05) „Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Należy jednak podkreślić, że gwarant może podnosić bez ograniczeń zarzuty wyprowadzone ze stosunku łączącego go z beneficjentem. Przyjmuje się też, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. W sformalizowanym postępowaniu przetargowym nie jest rolą Zamawiającego wnikanie w stosunki wiążące Oferenta z podmiotem trzecim - Gwarantem. Zamawiający nie ma obowiązku domniemywać, że Oferent zawarł rzetelną i uczciwą umowę z podmiotem trzecim - ubezpieczycielem, skoro nie znajduje to odzwierciedlenia w złożonych przez Oferenta dokumentach”.

Kończąc przystępujący podniósł, iż treść gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez odwołującego nie jest tożsama ze skierowanym przez niego do Gwaranta wnioskiem o udzielenie gwarancji na zapłatę wadium dołączonego do odwołania. We wspomnianym wniosku odwołujący wnosi o udzielenie gwarancji na okres od 14.12.2011 r. do 29.02.2012 r. Żadna z wnioskowanych dat nie znalazła się w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 953-A306012 z dnia 14 grudnia 2011 r. jako początkowy lub końcowy termin jej obowiązywania. Nie może się zatem odwołujący powoływać na zgodne oświadczenia woli składane przez obie strony stosunku ubezpieczeniowego skoro takowe nie zostały złożone. Ponadto Eko podkreśliło, że nie jest zadaniem zamawiającego dociekanie i ustalanie rzeczywistej treści tak ważnego dokumentu, jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa pełniąca rolę wadium.

Reasumując przystępujący stwierdził, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej w formie załączonej do oferty przez odwołującego nie zabezpieczał interesów ekonomicznych zamawiającego i nie był wykonalny z uwagi na jego wadliwość. Fakt ten stanowi również podstawę do uznania niewniesienia przez odwołującego wadium w prawidłowej formie do upływu terminu składania ofert. W konsekwencji należało uznać, iż zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, a złożona oferta została uznana za odrzuconą zgodnie z art.24 ust. 4 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2012 r. wniósł za pośrednictwem faksu odpowiedź na odwołanie podtrzymując zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, iż instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie została szczegółowo uregulowana w przepisach prawa pozytywnego, jedynie ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.) nazywa ją czynnością ubezpieczeniową (art. 3 ust. 3 pkt 1) oraz wspomina o niej w załączniku do tej ustawy. W przeciwieństwie jednak do gwarancji bankowej, przepisy prawa nie określają ani treści, ani formy gwarancji ubezpieczeniowej, ani zasad udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Tym samym zakład ubezpieczeniowy wystawiając gwarancję ustala jej treść w uzgodnieniu ze zleceniodawcą. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, iż zobowiązanie ubezpieczyciela zawarte w gwarancji ma charakter:

- a) jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki „zaspokojenia się” z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości;
- b) zobowiązania abstrakcyjnego, co jest związane z tym, iż gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji (tak: Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. sygn. I ACa 761/05). Można zatem zdaniem zamawiającego przyjąć, iż zakład ubezpieczeniowy (gwarant) udzielając gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązuje się do zapłaty sumy pieniężnej beneficjentowi w oparciu o treść wystawionego przez siebie dokumentu. Natomiast wskazanie w treści gwarancji wzmianki o stosunku prawnym, z którego wynika świadczenie zabezpieczone gwarancją, nie zmienia nieakcesoryjnego charakteru gwarancji. Gwarancja ubezpieczeniowa jest bowiem zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r., sygn. XII Ga 350/09).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt ustawy zamawiający zauważył, iż wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia rolę dwojaką:

- a) swoistego warunku udziału w postępowaniu polegającego na stworzeniu bariery finansowej, od którego spełnienia możliwe jest przystąpienie do postępowania;
- b) funkcji zabezpieczającej i kompensacyjnej (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10).

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i musi ono obejmować od razu cały okres związania ofertą. I na ten moment należy oceniać skuteczność jego wniesienia, biorąc również po uwagę wyrażoną w art. 7 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców. Prymat tej zasady w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przejawia się również w tym, iż tylko w przypadkach wskazanych w ustawie możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia określonego rodzaju dokumentów, czy wezwania do złożenia wyjaśnień. A istotnym ograniczeniem tych instytucji jest fakt, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać na dzień składania ofert. W stosunku do dokumentów stanowiących zabezpieczenie wadium ustawodawca nie przewidział w ustawie możliwości ich poprawienia, uzupełnienia czy wyjaśnienia. Mogą być one oceniane tylko w brzmieniu przedłożonym zamawiającemu w terminie składania ofert (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1759/10). Tak samo jak ocenia się skuteczność wniesienia wadium w formie pieniężnej, gdzie nawet kilkuminutowe spóźnienie w postaci uznania rachunku zamawiającego po upływie terminu składania ofert dyskwalifikuje wykonawcę.

Biorąc pod uwagę, iż gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument wadium ma zabezpieczyć również roszczenia finansowe zamawiającego, na którego treść (jak wskazano powyżej) zamawiający nie ma wpływu oraz wyrażony w orzecznictwie i literaturze pogląd, iż wadium wniesione w tej formie musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1225/10; KIO/UZP 1231/10).

W treści gwarancji wskazanie warunków spełnienia świadczenia musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość „zaspokojenia się” z gwarancji nie była kwestionowana, zważywszy iż treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 r., poz. 29.). Zamawiający musi mieć pewność, że oferta została prawidłowo zabezpieczona, nie może zaś opierać się na domniemaniach oraz składaniu deklaracji dobrej woli przez wykonawców (vide: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 maja 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1529/06).

W treści gwarancji złożonej przez odwołującego zdaniem zamawiającego mamy do czynienia z dwoma brakami, które świadczą, iż wadium nie zostało ani ustanowione, ani tym bardziej skutecznie wniesione. Dotyczą one istotnych elementów gwarancji tj. określenia wiarygodności, która ma być zabezpieczona gwarancją oraz terminu ważności gwarancji, które zgodnie z postanowieniami siwz miały zostać wskazane w sposób jednoznaczny. Błędów w oznaczeniu postępowania, którego gwarancja ubezpieczeniowa miała dotyczyć, a już w szczególności oznaczenia terminu ważności gwarancji nie można uznać za omyłki pisarskie, czy oczywiste omyłki pisarskie, jak chce tego odwołujący.

Odnosząc się do błędu w oznaczeniu terminu ważności gwarancji zamawiający stwierdził, iż błąd ten może dotyczyć zarówno zapisu daty dziennej, miesiąca, jak i roku. W przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą rozpoczął bieg w dniu 15 grudnia 2011 r., a kończy w dniu 12 lutego 2012 r. (stan na dzień dzisiejszy). Być może intencją wystawiającego gwarancję i akceptującego jej treść odwołującego było, aby termin ten był 30 dniowy, co również mogło mieć miejsce zważywszy, iż termin ten wtedy upływałby w dniu 13 stycznia 2012 r., podczas gdy data widniejąca na gwarancji odwołującego to 13 lutego 2011 r. A zatem wcale nie musiała to być, jak podnosi odwołujący „irracjonalna pomyłka pisarska”.

Zamawiający zwrócił także uwagę, iż w gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez tego samego ubezpieczyciela, w tym samym dniu i załączonej do innej oferty w tym samym postępowaniu (oferta złożona przez Techcom Aneta Staniszevska z siedzibą w Kaliszu przy ul. Górnośląskiej 11 na Rejon II) wszystkie elementy gwarancji są prawidłowe, a sama gwarancja posiada numer o jeden wyższy (kolejny) niż gwarancja wystawiona dla odwołującego. Zważyć też należy, że przy zachowaniu należytej staranności profesjonalisty - ubezpieczyciela, jakim bez wątpienia winien być zakład ubezpieczeniowy, można by uniknąć nieusuwalnych błędów przez niego poczynionych w treści gwarancji

Odnosząc się do podniesionej przez odwołującego możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 65 kc zamawiający argumentował, iż jego stosowanie na gruncie omawianego stanu faktycznego, a szerzej na gruncie ustawy ma ograniczony - reglamentowany zakres. Dyrektywa z art. 65 kc nie służy do korygowania, uzupełnienia czy kontroli treści oświadczenia woli stosownie do zasad uczciwości i słuszności. Temu celowi służą bowiem inne instrumenty prawne, jak np. art. 58 kc, a przez analogię na gruncie postępowania administracyjnego art. 113 kpa (por. Komentarze Becka, Kodeks cywilny, komentarz, T. I, Warszawa 1997, s. 180). Brak jest natomiast takich instrumentów na gruncie ustawy w stosunku do dokumentu stanowiącego zabezpieczenie z tytułu wniesienia wadium. Jednocześnie przytoczone w treści odwołania orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r. dot. umowy cywilnoprawnej, tj. regulacji z art. 65 § 2 kc, a więc dwustronnej czynności prawnej, z którą nie mamy do czynienia w uwarunkowaniach faktycznych sprawy (gwarancja jest czynnością jednostronną) i trudno tu szukać właściwych odniesień do spornego stanu faktycznego.

Nie można także, jak czyni to odwołujący, marginalizować negatywnych skutków wynikających z błędów czy usterek zawartych w dokumencie mającym stanowić zabezpieczenie roszczeń finansowych zamawiającego w postaci gwarancji

ubezpieczeniowej. To bowiem w interesie prawnym i faktycznym obu stron postępowania, a zwłaszcza zamawiającego, leży poprawność takiego dokumentu, tak co do treści, jak i formy. Nie wchodząc w szczegółowe rozważania trudno przecież przyjąć i nawet hipotetycznie wykluczyć, że w przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących „skorzystaniem” przez zamawiającego z dokumentu gwarancyjnego, owe „skorzystanie”, wobec ewidentnych omyłek i błędów przedmiotowego dokumentu, byłoby prawnie skuteczne.

Zamawiający podkreślił, że wiarygodność i moc dowodowa tak ważnego dla zamawiającego i całego postępowania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa sporządzona w sposób wadliwy i nierzetelny doznaje znacznego „osłabienia”. Z kolei całokształt okoliczności związanych z przedmiotowym dokumentem wadliwym oznaczałby, że przyjęcie tego dokumentu (przy jego ewentualnym uwzględnieniu przez zamawiającego) stanowiłoby w istocie przerzucenie na zamawiającego niekorzystnych skutków z niego wypływających lub mogących wypłynąć, godząc tym samym w cel, któremu ma służyć gwarancja ubezpieczeniowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wniesione po upływie terminu składania ofert przez odwołującego i Gwaranta pisma, w jaki sposób należy odczytać treść gwarancji, nie mogą na gruncie przepisów, a w szczególności ustawy odnieść zamierzonych efektów (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1759/10). W tym względzie żadna wykładnia nie może tej tezy zmienić, a w konsekwencji zmiana taka mogłaby być dokonana poprzez zmianę treści samego dokumentu. Zdaje się również zdawać z tego sprawę odwołujący jak i Gwarant skoro uznali, iż same oświadczenia są nie wystarczające i zdecydowali się dostarczyć zamawiającemu aneks do gwarancji (aneks nr 1 953/A/306/012 z dnia 15 grudnia 2011 r.) sanujący błędy zawarte w tekście pierwotnym gwarancji. Tym samym więc to sam Gwarant, „z inicjatywy” odwołującego wywiódł, że skoro podstawowa treść gwarancji z dnia 14 grudnia 2011 r. nie spełnia wymogów dla skuteczności wprowadzenia do obrotu prawnego dokumentu gwarancyjnego lub występują uzasadnione wątpliwości co do treści samego dokumentu zdecydował o próbie jej konwalidacji, w formie wspomnianego aneksu. W tym aspekcie więc budowanie, jak czyni to odwołujący, poprawności dokumentu gwarancyjnego i posiłkowanie się swobodną i dowolną wykładnią oświadczenia woli i wywodzenie z tego skuteczności dokumentu gwarancyjnego, nie zasługuje na uwzględnienie i akceptację, zważywszy, że owa korekta dokumentu gwarancyjnego została doręczona zamawiającemu dopiero w dniu 22 grudnia 2011 r., a więc na etapie oceny ofert. Oczywiście nie można w żaden sposób wykluczyć, że gdyby przedmiotowa korekta dokumentu gwarancyjnego została doręczona zamawiającemu w terminie składania ofert, to zamawiający przyjęłby ją jako dokonaną w terminie i nie budzącą wątpliwości oraz prawnie skuteczną.

Zamawiający stwierdził dalej, iż złożenie zamawiającemu aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej nastąpiło krótko po tym, jak powziął on wiadomość, iż z powodu błędów tego samego rodzaju zawartych w gwarancji ubezpieczeniowej (wadialnej), został on wykluczony z innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Natomiast załączony do odwołania wniosek o udzielenie gwarancji zapłaty wadium nie był wcześniej znany zamawiającemu, co nie zmienia faktu, iż jest niepodpisany i wskazuje zupełnie inny termin ważności gwarancji niż ten, który miał znaleźć się według odwołującego na dokumencie gwarancyjnym oraz prawidłowe oznaczenie postępowania. Trudno dziś dociekać, czym kierował się Gwarant, skoro data na wystawionej przez niego gwarancji nie odpowiada tej zawartej na wniosku i jakie były jego rzeczywiste intencje, co do wskazania końcowej daty ważności gwarancji, jak nadmieniono wyżej. Niemniej ostateczny tekst dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej był odwołującemu znany z uwagi na fakt, iż do swojej oferty załączył on jego kserokopię, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Tym samym wykluczenie odwołującego w ocenie zamawiającego było uzasadnione.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący w zreferowanym powyżej odwołaniu w sposób zgodny z rzeczywistością przytoczył w zakresie istotnym dla rozpoznania odwołania:

- postanowienia siwz dotyczące terminu związania ofertą (pkt 13 siwz), treść załączonej do oferty odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 14 grudnia 2011 r. (nr 953-A306012) oraz aneksu do niej z dnia 15 grudnia 2011 r.,
- treść wyjaśnień Gwaranta z dnia 20 grudnia 2011 r. informujących o „ewidentnym błędzie pisarskim” w oznaczeniu roku w dacie ważności gwarancji;
- treść pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 21 grudnia 2012 r. informującego o omyłce pisarskiej – załącznik do pisma stanowią aneks nr 1 do gwarancji oraz wyjaśnienia Gwaranta z dnia 20 grudnia 2011 r.;

- treść pisma zamawiającego z dnia 13 stycznia 2012 r. informującego o wyniku postępowania (cztery kartki jednostronnie zadrukowane).

Uwzględnivszy powyższe Izba powołane ustalenia we wskazanym zakresie uznaje za własne.

W uzupełnieniu powołać należy następujące okoliczności:

- termin związania ofertą rozpoczynał w niniejszej sprawie bieg w dniu 15 grudnia 2011 r. (termin składania ofert określony w pkt. 16.1 siwz: 15 grudnia 2011 r., g.13.00), a kończył się dnia 12 lutego 2012 r. (60 dni określone w pkt. 13 siwz);

- zamawiający w siwz (pkt 12.6) wymagał, aby w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej w jej treści podać m.in. określenie wiarytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją oraz termin ważności gwarancji;

- we wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium skierowanym przez odwołującego do Gwaranta z dnia 14 grudnia 2011 r. (wniosek w formacie pdf został wygenerowany na stronie internetowej Gwaranta przy zastosowaniu edytowalnego formularza) podano jako termin obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej okres od 14 grudnia 2011 r. do 29 lutego 2012 r. W rubryce „przedmiot przetargu” zostało wskazane „bieżące utrzymanie pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012 – 2013 (termin składania ofert: 15.12.2011 r.” Rodzaj przetargu „określony w ustawie o zamówieniach publicznych”;

- w piśmie z dnia 19 stycznia 2012 r. Gwarant poinformował Krajową Izbę Odwoławczą o oczywistych omyłkach polegających na błędnym oznaczeniu daty ważności gwarancji (zamiast 13.02.2012 r. jest 13.02.2011 r.) oraz nazwy postępowania w zakresie dotyczącym okresu świadczenia usług (zamiast 2012 - 2013 jest 2012 – 2013). Gwarant wskazał, iż dokument gwarancji jest ważny i wykonalny na każde żądanie zamawiającego, a powstałe oczywiste błędy pisarskie nie mogą powodować negatywnych prawnych konsekwencji, gdyż rozumienie treści dokumentu gwarancyjnego powinno być zgodne nie tylko z charakterem dokumentu, ale również wynikającymi z okoliczności zasadami współpracy gospodarczej i samego sensu wystawienia w/w dokumentu.

Stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy stronami w powyższym zakresie sporny.

Nie jest także sporne, iż w dniu 13 stycznia 2012 r. w godzinach popołudniowych zamawiający nawiązał połączenie faksowe z odwołującym, co potwierdzają zarówno raport transmisji faksu (rejestr połączeń wykonanych z sekretariatu wiceprezydenta z numeru faksu 062 504 97 76) z wynikiem OK przedłożony przez zamawiającego (poz. 28, długość transmisji – 57 sekund), jak i przedłożone na posiedzeniu przez odwołującego zestawienie połączeń przychodzących (poz. 18 raportu). Pozostałe dowody powołane przez zamawiającego (oświadczenie pani Urszuli W. z dnia 8 lutego 2012 r., zeznania świadka pani Marii M.) potwierdzają fakt zrealizowania połączenia przez zamawiającego z odwołującym, jednak oceniane w zestawieniu z przedłożonymi na posiedzeniu przez odwołującego dwoma pustymi kartkami otrzymanymi za pośrednictwem faksu w dniu 13 stycznia 2012 r. od zamawiającego z wydrukowanymi w nagłówku danymi nadawcy (strony były zgodne, iż godziny transmisji mogą się różnić w zależności od godziny zaprogramowanej na danym urządzeniu biurowym) w formacie analogicznym, jak wcześniejsza korespondencja pomiędzy zamawiającym a odwołującym (np. wezwanie do uzupełnienia braków z dnia 3 stycznia 2012 r.) Izba ustaliła, iż nie sposób uznać za okoliczność udowodnioną przesłanie odwołującemu przez zamawiającego w dniu 13 stycznia 2012 r. za pośrednictwem faksu informacji o wyniku postępowania. Skoro odwołujący (z nieustalonych przyczyn, bowiem z zeznań pani Marii M. wynika, iż zawiadomienia były wysyłane do wszystkich wykonawców w taki sam sposób) nie otrzymał za pośrednictwem faksu zawiadomienia o wyniku postępowania (czego dowodzi fakt otrzymania dwóch pustych kartek z danymi nadawcy w nagłówku) stwierdzić trzeba, iż informacja o wyniku postępowania nie została przesłana odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 13 stycznia 2012 r. (piątek) Świadek Maria M. zeznała, iż telefonicznie (15 lub 16 stycznia 2012 r. tj. w poniedziałek lub wtorek) dzwoniła do odwołującego z zapytaniem, czy odwołujący otrzymał faks w dniu 13 stycznia 2012 r. dotyczący przedmiotowego przetargu. W odpowiedzi została poinformowana, że tak. Zważywszy jednak, iż świadek nie potrafił powiedzieć z kim rozmawiał, a kierując pytanie do rozmówcy nie sprecyzował o jaki faks chodzi, czego dotyczący, a ponadto biorąc pod uwagę twierdzenia odwołującego, iż wszystkie połączenia telefoniczne realizowane są u niego za pośrednictwem centrali (świadek Maria M. zeznała, iż połączyła się bezpośrednio z rozmówcą) Izba ustaliła, iż brak jednoznacznych dowodów potwierdzających fakt przekazania informacji o wyniku postępowania odwołującemu przez zamawiającego w dniu 13 stycznia 2012 r. za pośrednictwem faksu. Za taki dowód nie może być uznany także przedstawiony przez zamawiającego raport z transmisji faksu przeprowadzony eksperymentalnie (dla celów porównawczych) przez zamawiającego, mający potwierdzać, iż przesłanie czterech pustych kartek trwa blisko dwukrotnie krócej (poz. 30 rejestru połączeń – 22 sekundy) niż przesłanie czterech zadrukowanych kartek (poz. 29 rejestru połączeń – 45 sekund). Izba oceniła, iż

czas (długość) transmisji nie stanowi dowodu na okoliczność treści przesłanego dokumentu, a także nie jest wystarczająca do uznania, iż nie przesłano pustych kartek. Długość transmisji w dniu 13 stycznia 2012 r. (zgodnie z rejestrem połączeń wykonanych z sekretariatu wiceprezydenta z numeru faksu 062 504 97 76 przedstawionym przez zamawiającego) wynosiła: w przypadku połączenia z odwołującym 57 sekund (poz. 28 rejestru, 4 strony), a z pozostałymi wykonawcami: 2 minuty 59 sekund (poz. 25 rejestru, 4 strony), 54 sekundy (poz. 26 rejestru, 4 strony), 2 minuty 45 sekund (po. 27, 8 stron). Zatem długość transmisji nie jest miarodajna dla oceny ile stron przesłano oraz czy były zadrukowane. Co do notatki serwisowej z dnia 8 lutego 2012 r. sporządzonej przez pana Marka K. (firma Kalkomp) wskazać należy, iż nie odnosi się ona do stanu technicznego (sprawności) faksu w dniu 13 stycznia 2012 r. Stan faksu na dzień 8 lutego 2012 r. jest okolicznością nieistotną dla rozpoznania odwołania.

Nie jest kwestionowane przez zamawiającego oraz przystępującego, iż w formie pisemnej odwołujący otrzymał informacje o wyniku postępowania w dniu 16 stycznia 2012 r.

W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Eko skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W szczególności podnieść należy, iż odwołanie zostało wniesione w terminie. Jak wynika z art. 182 ust. 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeśli zostały przesłane w sposób określony art. 27 ust. 2 Pzp, albo w terminie 15 dni – jeśli zostały przesłane w inny sposób. Forma faksowa jest jedną z tych wymienionych w art. 27 ust. 2 Pzp.

W okolicznościach sprawy nie zostało wykazane przez zamawiającego, iż informację o wyniku postępowania (pismo z dnia 13 stycznia 2012 r.) przesłał odwołującemu w dniu 13 stycznia 2012 r. za pośrednictwem faksu. W formie pisemnej odwołującemu przekazano zawiadomienie o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu go z postępowania, w dniu 16

stycznia 2012 r. Zatem wnosząc odwołanie w dniu 25 stycznia 2012 r. zachował 15-dniowy termin zakreślony art. 182 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem sporu jest, czy zamawiający w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, w szczególności uwzględniając treść gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty odwołującego był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przyjmując, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium.

Odnosząc się do tezy sformułowanej przez odwołującego, iż wniośł wadium w okolicznościach faktycznych sprawy prawidłowo, zatem jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było nieuzasadnione Izba wskazuje na treść art. 45 ust. 3 Pzp wymagającego wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert tj. na gruncie badanej sprawy do dnia 15 grudnia 2011 r., g. 13.00. (pkt 16.1 siwz). Z postępowania wklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp). Jedną z form, w których dopuszczalne jest wniesienie wadium, stanowi gwarancja ubezpieczeniowa (art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp).

W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium należy rozumieć wystawienie przez zakład ubezpieczeń (gwaranta) listu gwarancyjnego (dokument gwarancji), z którego wynika obowiązek gwaranta do wypłaty beneficjentowi oznaczonej kwoty w określonych okolicznościach i okresie, zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, co pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium w każdym momencie prowadzonego postępowania, począwszy od upływu terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę, że weryfikacja, czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, należało stwierdzić, że jedyną podstawą oceny, czy oferta odwołującego została zabezpieczona wadium, jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej załączony do oferty. Podkreślić należy, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie – fakt wniesienia wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę (vide: wyrok KIO z dnia 5 października 2010 r. sygn. akt: KIO 2077/10).

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż ustawa nie precyzuje szczegółowo wymogów, które musi spełniać gwarancja ubezpieczeniowa, aby stanowiła wadium prawidłowo zabezpieczające ofertę. Niewątpliwie jednak okres jej obowiązywania powinien obejmować co najmniej okres związania ofertą (w stanie faktycznym sprawy 60-dniowy okres od dnia 15 grudnia 2011 r. do 12 lutego 2012 r., pkt. 13 siwz). Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się w dniu 15 grudnia 2011 r., tj. wraz z upływem terminu składania ofert (art. 85 ust. 5 Pzp). Tym samym niezbędne jest każdorazowe zweryfikowanie treści dokumentu w celu ustalenia, czy zamawiający będzie mógł w okresie związania ofertą z niej skorzystać (tzn. wystąpić z żądaniem wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku ze ziszczeniem się przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp).

Dalej trzeba zaznaczyć, iż Izba podziela przywołane przez zamawiającego oraz przystępującego rozważania Sądu Apelacyjnego w Poznaniu zawarte w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACA 761/05), z których wynika, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ kc). Jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Przyjmuje się, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (tak też wyrok KIO 1514/10 z dnia 30 lipca 2010 r.). Dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajduje także kodeks cywilny wskazujący na reguły rządzące wykładnią oświadczeń woli. Przede wszystkim powołać należy art. 65 § 1 kc (oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje), który - z zastrzeżeniami wynikającymi z powoływanego wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACA 761/05) – niewątpliwie należy uwzględnić ustalając treść gwarancji wadium. W tej kwestii Izba podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 30 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 930/09), w którym zostało zauważone, iż nie ma możliwości poprawienia omyłki pisarskiej w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert, gdyż ustawa nie daje takiej możliwości. Jednocześnie Izba opowiedziała się za możliwością zastosowania w takiej

sytuacji art. 65 kc. W tym miejscu zasadne jest powołanie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07), w którym Sąd ten odniósł się do zasad wykładni wynikających z art. 65 kc zwracając uwagę, iż „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)”.

Ustosunkowując się do przywoływanego przez zamawiającego oraz przystępującego bogatego orzecznictwa dotyczącego zagadnienia wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wskazać należy na odmiennosc stanów faktycznych, na gruncie których wskazywane orzeczenia zapadły. Jednocześnie w tym kontekście trzeba dodać, iż Izba zgadza się z wyrażanymi w powoływanych orzeczeniach poglądami wskazującymi na niestosowanie do dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej art. 87 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, bowiem przewidziane w tych przepisach instytucje odnoszą się do odpowiednio treści oferty oraz do tzw. dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Dokument gwarancji wadialnej nie może być zaliczony do żadnej z tych kategorii. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający, prowadząc postępowanie z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie 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. Izba bowiem podziela w tej kwestii 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 (...)”. Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Izba podkreśla, iż formalizm – jak

słusznie wskazał zamawiający – ma przede wszystkim gwarantować realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie tracąc jednocześnie z pola widzenia celu postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacja przedmiotu zamówienia. Tym samym granice formalizmu zakreślone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 Pzp).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej przez Izbę sprawy zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem na moment upływu terminu składania ofert jego oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 953 – A306012 z dnia 14 grudnia 2011 r. Zdaniem Izby za oczywistą omyłkę pisarską należy uznać 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). Analogicznie Izba ocenia podanie, jako daty końcowej okresu obowiązywania gwarancji wadialnej, na co wskazuje użycie słów „do”, dnia 13.02.2011 r. (zamiast 2012). Oczywistym - w świetle zasad doświadczenia życiowego - jest, iż data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, iż kwestionowana gwarancja wadialna miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu (z treści gwarancji wprost wynika jej cel - „gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” stanowiąca „zabezpieczenie zapłaty wadium” przez odwołującego na rzecz beneficjenta: miasta Kalisz w postępowaniu, którego nazwa także jest podana) nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie roku 2011 jako końcowego roku obowiązywania gwarancji. Odmienna ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający końcową datę obowiązywania wcześniejszą, niż data początkowa pozbawiony byłby sensu. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r. (sprawa o sygn. akt KIO 54/11) stwierdzając, iż nie jest możliwe, z logicznego punktu widzenia, przedłużenie ważności gwarancji wadialnej do wstecznej daty, sprzed roku.

Prezentowane przez Izbę stanowisko koresponduje z treścią wniosku o wystawienie gwarancji z dnia 14 grudnia 2011 r., w którym końcowa data obowiązywania gwarancji to 29 lutego 2012 r., a nie 2011 r. Jak wyjaśnił odwołujący na rozprawie telefonicznie modyfikował

treść wniosku sporządzonego przy pomocy edytowalnego formularza zamieszczonego na stronie Gwaranta (przesłanego Gwarantowi pocztą elektroniczną w dniu 14 grudnia 2011 r.) w zakresie dotyczącym daty dziennej, do której ma gwarancja obowiązywać uzgadniając z Gwarantem, jako końcową datę obowiązywania gwarancji, dzień 13 lutego 2012 r. Także pozostałe dokumenty (skierowane do zamawiającego wyjaśniania odwołującego z dnia 21 grudnia 2012 r., jak również załączona do nich treść aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 15 grudnia 2011 r. oraz stanowisko Gwaranta z dnia 20 grudnia 2011 r. stwierdzające „ewidentny błąd pisarski” w oznaczeniu roku w dacie ważności gwarancji, jak również pismo Gwaranta z dnia 19 stycznia 2012 r. skierowane do Krajowej Izby Odwoławczej) wskazują jednoznacznie, iż w treści gwarancji wadialnej popełnione zostały oczywiste omyłki pisarskie. Stanowisko to potwierdził także Gwarant w piśmie z dnia 19 stycznia 2012 r.

Wymaga zaznaczenia, iż zamawiający zobowiązany był, dbając o przeprowadzenie postępowania z zachowaniem reguł wyartykułowanych w art. 7 ust. 1 Pzp, jeśli miał wątpliwości dotyczące treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą przez odwołującego, wyjaśnić je. Zważywszy, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający dysponował zarówno stanowiskiem Gwaranta, jak i zamawiającego, zobowiązany był wziąć otrzymane wyjaśnienia pod uwagę ewentualnie zwracając się do zamawiającego lub Gwaranta o informacje uzupełniające, jeśli byłyby mu one niezbędne do należytej oceny skuteczności wniesienia wadium przez odwołującego.

Tym samym nie sposób stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sporu zaistniałe omyłki pisarskie (mogące wynikać choćby z faktu, iż na klawiaturze komputerowej mylnie podane cyfry tj. 9 zamiast 0 (w przedmiocie zamówienia) oraz 1 zamiast 2 (w dacie obowiązywania gwarancji) bezpośrednio ze sobą sąsiadują, nie mogą stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona wraz z ofertą przez odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa. Za możliwością kwalifikacji błędu w gwarancji wadialnej jako oczywistej omyłki pisarskiej opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 30 lipca 2009 r. (sprawa o sygn. akt: KIO/UZP 930/09) uznając, iż błędne oznaczenie daty wystawienia gwarancji należy w okolicznościach wówczas rozpoznawanej sprawy uznać za omyłkę pisarską nie rzutującą na prawidłowość wniesienia wadium.

Zważywszy przedstawioną przez Izbę argumentację trzeba podkreślić, iż oferta odwołującego przez cały okres związania ofertą była zabezpieczona wadium, co prowadzi do stwierdzenia, iż zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 65 kc. Tym samym oferta odwołującego nie jest z mocy prawa

uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) i powinna podlegać badaniu i ocenie. Bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom ustawy. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 5 kc.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....