Sygn. akt KIO 2914/20

WYROK
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Oktan Energy & V/L Service Sp. z o.o.**z siedzibą w Szczecinie przy ul. Hryniewieckiego 1 (71-606 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego**Agencję Rezerw Materiałowych** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 45 (00-844 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Oktan Energy & V/L Service Sp. z o.o.**
z siedzibą w Szczecinie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy **Oktan Energy & V/L Service Sp. z o.o.**z siedzibą w Szczecinie na rzecz zamawiającego **Agencji Rezerw Materiałowych**z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2914/20

UZASADNIENIE

Agencja Rezerw Materiałowych z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa do zapasów agencyjnych 34 000 m^3 oleju napędowego w gat. F* – znak sprawy: BZ.261.60.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2020 r., pod numerem 2020/S 190-458257.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Oktan Energy & V/L Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 9 listopada 2020 r. wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiając ego w postępowaniu:
- odrzucenia oferty odwołującego;
- wyboru oferty PKN Orlen S.A. z siedzibą w Płocku jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że wystąpiły okoliczności uzasadniające przyjęcie, że odwołujący złożył wadium w sposób nieprawidłowy, mimo że dokonał zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty 300.000 zł oraz przedłożył dokument, z którego wynika posiada gwarancje ubezpieczeniową na pozostałą kwotę 1.000.000 zł;
2) art. 46 ust. 4a i 5 Pzp przez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że gwarancja ubezpieczeniowa nie zawiera zobowiązań wynikających z treści przywołanych przepisów, mimo że gwarancja ubezpieczeniowa zawiera wszystkie zobowiązania w zakresie celu jaki ma wadium w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że nie ma potrzeby wzywać odwołującego do przedłożenia dokumentów lub w wyjaśnień w sytuacji, gdy sposób złożenia wadium budził wątpliwości zamawiającego. Szczególnie, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w zakresie sposobu złożenia wadium w innej formie niż gotówkowa były nieprecyzyjne i mogły wprowadzać wykonawców w błąd.
Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego w postaci:
- odrzucenia jego oferty;
- wyboru oferty PKN Orlen S.A. z siedzibą w Płocku jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
oraz nakazanie zamawiającemu wykonanie – zgodnie z przepisami prawa – czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes prawny oraz szkoda jaką może ponieść wyraża się tym, że w przypadku, gdy zamawiający nie odrzuciłby jego oferty, wówczas została by ona wybrana jako najkorzystniejsza oferta w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ten sposób doszłoby do zawarcia umowy z zamawiającym i odwołujący uzyskałby wynagrodzenie w kwocie określonej w ofercie za dostawę 34.000 m^3 oleju napędowego. Odrzucenie oferty odwołującego i wybór innego wykonawcy uniemożliwia mu uzyskanie wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał, że jego oferta była kompletna oraz zawierała wszystkie elementy wskazane w SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 30 października 2020 r. otrzymał pismo od zamawiającego, w którym został poinformowany o tym, że jego oferta została odrzucona z uwagi na nieprawidłowości przy wniesieniu wadium.

Konsekwencją tej czynności był wybór jako najkorzystniejszej oferty – PKN ORLEN S.A., mimo że oferta odwołującego była korzystniejsza i bez podjęcia czynności odrzucenia zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu art. 92 Pzp. Odwołujący wskazał, że do oferty dołączył aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02gg03/0315/20/0011 z dnia 9 października 2020 r. Zgodnie z treścią tego dokumentu doszło do przedłużenia obowiązywania gwarancji z uwagi na przesunięcie terminu składania ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie odwołującego z punktu 3 tego dokumentu wynikało jednoznacznie, że integralną jego częścią jest gwarancja ubezpieczeniowa, która zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego w SIWZ elementy. Na moment składania oferty spełnił zatem wymóg wniesienia wadium, gdyż częściowo nastąpiło to poprzez wpłatę na rachunek bankowy zamawiającego, a w pozostałej części poprzez ustanowienie na rzecz zamawiającego gwarancji ubezpieczeniowej. W ten sposób całość wadium została wniesiona. Zdaniem odwołującego, zamawiający w przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a i ust.5 Pzp mógł zrealizować swoje uprawnienie poprzez zatrzymanie oraz uzyskanie od gwaranta zapłaty wadium. Zabezpieczenie zatem zostało dokonane, a złożona oferta pozostaje prawidłowo złożona i winna brać udział przy dokonywaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na marginesie odwołujący wskazał, że gdyby zamawiający miał prawo do zatrzymania wadium to złożona przez odwołującego oferta i dołączone doń dokumenty umożliwiają skuteczne żądanie od gwaranta – Interrisk TU S.A. – zapłaty kwoty 1.000.000 zł. Nie można zatem w żadnym przypadku przyjąć, że powstały jakiekolwiek nieprawidłowości przy złożeniu oferty w szczególności w zakresie wadium.

Odwołujący na potwierdzenie słuszności swojej argumentacji przywołał w treści uzasadnienia fragment wyroku Izby z 1 października 2020 r. o sygn. akt KIO 1810/20.

W opinii odwołującego w niniejszej sprawie stykamy się jedynie z „domniemaniem" zamawiającego, gdyż nie wskazał on żadnych argumentów lub dowodów, które uniemożliwiałyby mu skorzystanie z wadium w przypadku, gdy zaktualizują się okoliczności, które mu to nakazują. Przeciwnie, zdaniem odwołującego, okoliczności faktyczne dotyczące tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz treść oferty prowadzą do odmiennego wniosku.

Marginalnie odwołujący wskazał, że oferta PKN Orlen S.A. złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest „gorsza" w stosunku do jego oferty o ponad 3 mln zł. W ten sposób w okresie kryzysu wywołanego pandemią Covid-19 zamawiający – reprezentujący Skarb Państwa – będzie zmuszony do wydatkowania środków publicznych w kwocie o taką kwotę wyższą. Działania takie są w sposób oczywisty nieracjonalne, a do tego narażą na szkodę budżet państwa. Ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty winien być dokonywany również przez pryzmat celu jaki przyświeca korzystanie z trybu zamówień publicznych, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu transparentności. Zgodnie z twierdzeniem odwołującego odrzucenie jego oferty i wybór innych oferty z pewnością nie pozwala na uznanie, że doszło do transparentnego i zrozumiałego rozstrzygnięcia tego postępowania przetargowego.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o unieważnienie czynności w postaci odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich z uwzględnieniem złożonej przez niego oferty.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1)dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 listopada 2020 r., w tym w szczególności z treści:
- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty odwołującego;
- złożonych przez odwołującego wraz z ofertą: potwierdzenia przelewu wpłaty wadium w pieniądzu na kwotę 300 000,00 zł, polisy nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 9 października 2020 r. na kwotę gwarancji 1 000 000,00 zł oraz aneksu nr 1 z dnia 13 października 2020 r. do UBEZPIECZENIOWEJ GWARANCJI ZAPŁATY WADIUM NR 02GG03/0315/20/00 dnia 9 października 2020 r.;
- pisma z dnia 30 października 2020 r. stanowiącego informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego;

2)załączonej do odwołania UBEZPIECZENIOWEJ GWARANCJI ZAPŁATY WADIUM NR 02GG03/0315/20/0011 z 9 października 2020 r.

Izba ustaliła co następuje

Postanowienia dotyczące wadium zostały uregulowane w rozdziale XII SIWZ. Zgodnie z ust. 1 ww. rozdziału zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 300 000,00 PLN (słownie: jeden milion trzysta tysięcy złotych). Kwestie wniesienia wadium w inny sposób niż w pieniądzu zostały uregulowane w ust. 5 ww. rozdziału o treści:

5. W przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż w pieniądzu - zamawiający wymaga złożenia dokumentu za pośrednictwem Platformy w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta, tj. wystawcę gwarancji/poręczenia.

Wadium wniesione w formie innej niż w pieniądzu, musi być udzielone do końca terminu związania ofertą oraz zawierać wszystkie zobowiązania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium.

Ponadto zgodnie z ust. 6 – *Wadium powinno być oznaczone w następujący sposób „Wadium – Dostawa do zapasów agencyjnych 34 000 m^3 oleju napędowego w gat. F – BZ.261.60.2020" lub w inny sposób umożliwiający identyfikację postępowania i części której dotyczy*.

Odwołujący dokonał przelewu wadium na kwotę 300 000,00 zł, która to kwota została zaksięgowania na koncie zamawiającego przed terminem składania ofert. Dodatkowo odwołujący złożył polisę do umowy o udzielenie gwarancji na kwotę 1 000 000,00 zł oraz aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium.

Złożona przez odwołującego wraz z ofertą polisa zawierała:
- oznaczenie zobowiązanego (odwołującego);
- oznaczenie beneficjenta (zamawiającego);
- tabelkę zawierającą informacje na temat kodu produktu, rodzaju gwarancji, okresu trwania gwarancji, kwoty gwarancji oraz składki w złotych;
- informacje na temat płatności składki ubezpieczeniowej (termin płatności oraz numer konta).

Aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium składał się z trzech punktów o treści:
1. W związku ze zmianą terminu składania ofert niniejszym Aneksem zmienia się okres obowiązywania Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 09.10.2020 r.
Tym samym punkt 3 Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 09.10.2020 r. otrzymuje brzmienie:
„Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie 15.10.2020 r. do 13.01.2021 r., (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium."
2. Pozostałe warunki Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 09.10.2020 r. nie ulegają zmianie.
3. Niniejszy Aneks stanowi integralną część Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 09.10.2020 r.

Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że:
Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 300 000/00 PLN (słownie: jeden milion trzysta tysięcy złotych). Wykonawca OKTAN ENERG Y & V/L SERVICE SP. Z O.O., dokonał przelewu wadium na kwotę 300 00000 zł, która kwota została zaksięgowania na koncie ARM przed terminem składania ofert. Dodatkowo Wykonawca złożył polisę do umowy o udzielenie gwarancji na kwotę 1.000.000.00 zł oraz aneks ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. W przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż w pieniądzu, dokument potwierdzający wniesienie wadium musi zawierać wszystkie zobowiązania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium.
Złożona przez wykonawcę polisa do umowy o udzielenie gwarancji na kwotę 1.000.000.00 zł nie zawiera bowiem w swojej treści nieodwołalnego i bezwarunkowego zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium. Polisa nie zawiera również zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.
Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 stycznia 201 9 r. (KIO 44/19) istotne jest, aby treść dokumentu wadialnego (w sytuacji, gdy wadium jest wnoszone w formie poręczenia lub gwarancji) uwzględniała wszystkie wymagania zamawiającego, które zostały określone w SIWZ i dawała zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy.
Na podstawie powyższego Zamawiający uznał, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Dokument pod nazwą UBEZPIECZENIOWA GWARANCJA ZAPŁATY WADIUM NR 02GG03/0315/20/0011 z dnia 9 października 2020 r., w którym określono nieodwołane i bezwarunkowe zobowiązanie zapłaty kwoty 1 000 000,00 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w Pzp, konkretnie wskazanych w treści tej gwarancji został załączony do odwołania. W związku z tym zamawiający zapoznał się z treścią ww. dokumentu po upływie terminu składania ofert.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium*;
- art. 46 ust. 4a Pzp – *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, 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 poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej*;
- art. 46 ust. 5 Pzp – *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*
1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- art. 26 ust. 3 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew stanowisku odwołującego postanowienia SIWZ w zakresie sposobu złożenia wadium w innej formie niż pieniądz, nie były nieprecyzyjne i nie mogły wprowadzać wykonawców w błąd. W ocenie składu orzekającego treść rozdziału XII ust. 5 SIWZ wyraźnie precyzowała wymogi dla wadium wniesionego w innej formie niż pieniądz, które co do meritum sprowadzały się do tego, aby wadium zostało udzielone do

końca terminu związania ofertą, zawierało wszystkie zobowiązania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz zawierało w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium. Informacje dotyczące zobowiązań określonych w treści art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz nieodwołalnego i bezwarunkowego zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium nie zostały zawarte, ani nie wynikały z dokumentów złożonych przez odwołującego w ramach wadium wraz z ofertą. Polisa złożona wraz z ofertą zawierała jedynie odesłanie (w niesprecyzowanym zakresie) do innych dokumentów, których treść nie była zamawiającemu znana. Podobnie dokument stanowiący aneks nr 1 z dnia 13 października 2020 r. do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nie mógł zostać uznany za właściwy dokument wadialny. Aneks ten regulował kwestię okresu ważności gwarancji i podobnie jak polisa odnosił się do innego dokumentu, którego odwołujący nie złożył przed upływem terminu składania ofert.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego informacje, o których mowa w rozdziale XII ust. 5 SIWZ zostały zawarte wubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 9 października 2020 r. Przedmiotowy dokument nie został złożony przez odwołującego wraz z ofertą ani do upływu terminu składania ofert, co było okolicznością bezsporną. Odwołujący załączył ww. dokument dopiero do odwołania w związku z tym zamawiający nie mógł się z nim zapoznać do upływu terminu składania ofert w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie przytoczył stwierdzenie wynikające z wyroku z 30 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 44/19, które wskazuje, że istotne jest, *aby treść dokumentu wadialnego (w sytuacji, gdy wadium jest wnoszone w formie poręczenia lub gwarancji) uwzględniała wszystkie wymagania zamawiającego, które zostały określone w SIWZ i dawała Zamawiającemu takisam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy*.

Przepisy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. Zamawiający nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśniać wątpliwości dotyczące np. treści dokumentów gwarancji. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282). Dokumenty te nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego prawidłowość wniesionego wadium. Jak wynika z powyższego wymagania w zakresie wadium w tym także wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądz są bardzo restrykcyjne i muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym pewność co do wypłaty wadium w określonych ustawą przypadkach powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Powyższe oznacza także, że wykładnia liberalna czy rozszerzająca zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna, a możliwość uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert skutkowałaby naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, iż wadium zostało wniesione przez odwołującego w sposób nieprawidłowy, co musiało skutkować odrzuceniem oferty odwołującego.

Na rozprawie odwołujący wskazał, że zamawiający powinien skorzystać w przypadku wątpliwości w zakresie wadium z dyspozycji wynikającej z treści art. 87 ust. 1 Pzp. Izba pozostawiła przedmiotowe stanowisko odwołującego bez rozpoznania. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W odwołaniu nie został zawarty zarzut art. 87 ust. 1 Pzp, zatem Izba nie miała podstaw prawnych do merytorycznego rozpoznania możliwości zastosowania przez zamawiającego ww. przepisu i stanowisko odwołującego w tym zakresie uznała za spóźnione.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictwa (2x17,00 zł), na podstawie złożonych na posiedzeniu dokumentów.

Przewodniczący:……