

Sygn. akt KIO 2761/20

WYROK
z dnia 17 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART-BIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Starachowice**

przy udziale wykonawcy **REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART-BIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza

w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART-BIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2761/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Starachowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, w których zamieszkują mieszkańcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 111-269745. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART-BIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez REMONDIS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (Przystępującego), pomimo iż wykonawca ten nie przedłużył ważności wadium przed upływem ważności wadium pierwotnie złożonego,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie jest w stanie uzyskać do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wybór oferty Przystępującego dokonany został z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wykonawca ten złożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z okresem ważności od 29 lipca 2020 r. do 27 września 2020 r. W związku ze złożeniem 20 sierpnia 2020 r. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność badania i oceny ofert (orzeczenie wydane 15 października 2020 r.), pismem z 24 września 2020 r., w oparciu o art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. W odpowiedzi na to wezwanie, 28 września 2020 r. o godzinie 9:25, Przystępujący przekazał Zamawiającemu

w formie elektronicznej aneks do pierwotnej gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający ważność wadium do 31 grudnia 2020 r. Wynika z tego, że przedłużenie przez Przystępującego ważności wadium (czynność tożsama z wniesieniem wadium), co miało miejsce 28 września 2020 r., nastąpiło po upływie ważności pierwotnego wadium (27 września 2020 r.), a zatem bez zachowania ciągłości wadium. Zasada zachowania ciągłości wadium wynika m.in. z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, co oznacza równocześnie obowiązek przedłużenia ważności wadium przed upływem ważności pierwotnego wadium. Przedłużenie wadium po upływie ważności pierwotnego wadium oznacza brak wniesienia wadium, co rodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencje nieprzedłużenia ważności wadium w związku z zawieszeniem biegu terminu związania ofertą wyrażone są ponadto w art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że wezwanie do przedłużenia ważności wadium następuje pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Bez znaczenia jest okoliczność, w której w piśmie z 24 września 2020 r. Zamawiający określił termin przedłużenia wadium do 28 września 2020 r. do godziny 15.00, a zatem już po upływie pierwotnego wadium. Wykonawca, o ile działa z należytą starannością, jest zobligowany zapewnić ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i musi liczyć się ze skutkami braku zabezpieczenia oferty wadium. Wymaga również podkreślenia, że data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej, a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 Kodeksu cywilnego. Bez znaczenia jest zatem okoliczność, w której ostatnim dniem ważności pierwotnego wadium była niedziela tj. 27 września 2020 r.

Stosownie do punktu 1. lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dodanego pismem z 3 lipca 2020 r., warunkiem udzielenia zamówienia jest przedstawienie do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów. Równocześnie w treści § 3 ust. 1 umowy wskazano, iż wykonawca przed podpisaniem umowy powinien posiadać wpisy do rejestrów lub zezwolenia udzielone wykonawcy, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy. Z powyższego wynika, że warunkiem podpisania umowy/udzielenia zamówienia jest przedstawienie przez wykonawcę przed podpisaniem umowy, najpóźniej do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów. Stosownie do art. 7 ust. 1, art. 94 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych brak przedstawienia przez wykonawcę tego zezwolenia oznacza odmowę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, co uniemożliwia udzielenie zamówienia.

Wymóg przedstawienia w nieprzekraczalnym terminie do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów był istotnym warunkiem przetargowym, a Zamawiający nie przewidział możliwości jego zmiany. Warunek ten miał wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia. W tych okolicznościach odstąpienie od niego stanowiłoby zmianę istotnych warunków przetargowych po terminie składania ofert, co stanowiłoby rażące naruszenie przepisów ustawy. W obecnym stanie faktycznym, z uwagi na wymagania dotyczące uzyskania ww. zezwolenia, faktyczny czas trwania procedur w tym zakresie, oczywistym jest, że Przystępujący nie jest w stanie uzyskać do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów, w szczególności w zakresie zbierania odpadów BIO. Warunkiem rozpoczęcia procedury uzyskania ww. zezwolenia jest uzyskanie zamówienia publicznego, co przynajmniej do końca listopada 2020 r. nie jest możliwe. Uwzględniając tę okoliczność Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro wykonawca ten, co jest już obecnie wiadomym, nie jest w stanie spełnić wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów do 31 grudnia 2020 r., w pełni zasadnym było jej odrzucenie.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego została w sposób prawidłowy zabezpieczona gwarancją wadialną, w sposób ciągły aż do momentu zawarcia umowy, ponadto nie podlegała odrzuceniu z uwagi na nadal biegnący termin do przedstawienia Zamawiającemu zezwoleń, o których mowa w punkcie 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający, pismem z 24 września 2020 r., wezwał Przystępującego do przedłużenia ważności wadium albo do wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do momentu zawarcia umowy. W piśmie tym Zamawiający wyznaczył termin na przesłanie dokumentu potwierdzającego wadium w formie oryginału do 28 września 2020 r. do godz. 15.00. Zamawiający, wyznaczając powyższy termin, wziął pod uwagę stosowany odpowiednio w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 115 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.

Przystępujący, 28 września 2020 r. o godzinie 9:25, przekazał Zamawiającemu aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG02/0168/20/0087 z 28 lipca 2020 r.,

z którego wynika, iż gwarancja obowiązuje od 29 lipca 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. oraz, że aneks do jej treści wchodzi w życie z dniem 24 września 2020 r., tj. przed końcem upływu terminu ważności pierwotnej ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, ważnej w okresie od 29 lipca 2020 r. do 27 września 2020 r. Przekazanie Zamawiającemu samego dokumentu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium po upływie ważności pierwotnego wadium nie przesądzało o jego skuteczności. Czynności przedłożenia dokumentu aneksu Zamawiającemu i czynności przedłużające termin ważności wadium nie muszą być dokonane w jednym czasie (łącznie), ale w takim czasie, aby wymogi zabezpieczenia oferty ważnym wadium były spełnione w sposób nieprzerwany (wyrok KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11).

Treść aneksu podlegała ocenie Zamawiającego, który badał, czy w przypadku wystąpienia

28 września, czy w każdym innym dniu, przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa

w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, mógłby uzyskać zaspokojenie swoich roszczeń na podstawie przedłożonych przez Przystępującego zabezpieczeń.

Wadium jest narzędziem, które umożliwia zamawiającemu zabezpieczenie swoich interesów w relacjach z wykonawcami. Stanowi ono formę sankcji nakładanej na wykonawcę, który podejmuje na etapie poprzedzającym wybór oferty (art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych) lub po jej wyborze (art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) działania, które skutkują brakiem możliwości zawarcia z nim umowy na warunkach przewidzianych w ofercie. Dlatego też wadium powinno w nieprzerwany sposób zabezpieczać okres związania ofertą. Jakakolwiek przerwa w ciągłości ochrony generowanej przez wadium mogłaby bowiem skutkować tym, że zamawiający pozbawiony by został wskazanej ochrony.

Stan faktyczny analizowanej sprawy nie pozwala przyjąć, że zaistniała jakakolwiek przerwa

w zabezpieczeniu wadium. W ocenie Zamawiającego cel przedłożonego wadium oraz wymagania wobec niego stawiane (nieprzerwane zabezpieczenie oferty) zostały spełnione

w sposób zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Skoro zatem Przystępujący, zarówno w okresie podstawowym prowadzonego postępowania, jak i w dodatkowym, pozostawał związany ofertą (okoliczność bezsporna) i jednocześnie oferta Przystępującego nieprzerwanie pozostawała zabezpieczona wadium, to brak jest możliwości stwierdzenia podstaw skutkujących odrzuceniem oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, zgodnie z opublikowanymi w 3 lipca 2020 r. wyjaśnieniami nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienił punkt 1. specyfikacji poprzez: wykreślenie litery d, tj. przedstawienia zezwoleń na zbieranie i przetwarzanie odpadów oraz dodanie zastrzeżenia, że zezwolenia te mają zostać przedstawione Zamawiającemu przez wykonawcę w terminie do 31 grudnia 2020 r. Niedotrzymanie tego warunku przez wykonawcę w przewidzianym terminie skutkować będzie, zgodnie z treścią umowy, odstąpieniem od niej przez Zamawiającego lub też zostanie potraktowane jako uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę – w chwili obecnej, w wyniku przedłużającego się postępowania przetargowego trudno jest przewidzieć, w którym momencie upływie wskazany w specyfikacji termin.

Niemniej ww. zezwolenia nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu bądź brak

podstaw do wykluczenia, które to dokumenty zostały wyczerpująco określone w specyfikacji i których nieprzedstawienie skutkować by mogło odrzuceniem oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności ze specyfikacją może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym nie chodzi tu o jakichkolwiek wymagania, które zamawiający opisze w dokumentacji, ale takie, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać, jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione, w zakresie, w jakim zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na moment wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie miał prawa domagać się od wykonawców przedstawienia dokumentów czy dowodów na to, że uzyskali bądź uzyskają do 31 grudnia 2020 r. wszystkie zezwolenia, o których mowa w punkcie 1., skoro zastrzegł, iż dokumenty te mają być przedstawione w terminie późniejszym. Zatem nie miał też podstaw, aby ocenić, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności ze specyfikacją, tym bardziej, że sam Odwołujący przyznaje, iż zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów uzyskiwane są przez wykonawców po uzyskaniu zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w danej gminie. Hipotetyczny brak możliwości uzyskania zezwoleń w terminie nie może przesądzać

o konieczności odrzucenia oferty. Zamawiający nie dysponuje informacjami dotyczącymi trudności w uzyskiwaniu zezwoleń wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, gdyż na gruncie przedmiotowej sprawy nie doszło do przerwania ciągłości wadium zabezpieczającego ofertę Przystępującego. Przystępujący złożył wraz z ofertą ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium, w której wskazano, że jest ona ważna od 29 lipca 2020 r. do 27 września 2020 r. (niedziela). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24 września 2020 r. Przystępujący przedstawił aneks do gwarancji, w którym wskazano, że gwarancja jest ważna od 29 lipca 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.

Przystępujący przedstawił aneks do gwarancji zapłaty wadium w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24 września 2020 r., w którym Zamawiający wskazał, że potwierdzenie przedłużenia wadium albo wniesienie nowego wadium w formie oryginału powinno zostać przesłane na adres e-mail Zamawiającego do 28 września 2020 r. do godz. 15:00. Jak wskazał sam Odwołujący, Przystępujący przekazał Zamawiającemu aneks zgodnie z żądaniem zawartym w wezwaniu, tj. 28 września 2020 r. o godzinie 9:25, uczynił tym samym zadość wezwaniu i stwierdził, że zaistniała przerwa w dysponowaniu dokumentem wadialnym skutkująca odrzuceniem, prowadziłoby do sytuacji, w której negatywne skutki dla wykonawcy zostały wywołane przez błędne pouczenie Zamawiającego. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwego pouczenia.

W punkcie 3. przedstawionego Zamawiającemu aneksu wskazano, że wchodzi on w życie

z dniem 24 września 2020 r. Wobec tego aneks przedłużający ważność wniesionej przez Przystępującego gwarancji zapłaty wadium do 31 grudnia 2020 r. wszedł w życie przed upływem terminu jej ważności. Nie doszło zatem do przerwania biegu ważności gwarancji. Gwarancja jest ważna nieprzerwanie od 29 lipca do 31 grudnia 2020 r. i w sytuacji wystąpienia jednej z przesłanek zapłaty wadium Zamawiający mógłby z niej skutecznie skorzystać, niezależnie od tego, czy posiadał aneks przed 27 września 2020 r. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że gwarant odmówiłby wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, gdyby otrzymał wezwanie 28 września 2020 r.

Istotą wadium jest zabezpieczenie ewentualnych roszczeń zamawiającego. Na gruncie przedmiotowej sprawy, w momencie dokonania wyboru oferty Przystępującego Zamawiający dysponował aneksem wydłużającym okres ważności ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium i mógł z niej skutecznie skorzystać.

Zarówno bieg terminu związania ofertą, jak i bieg terminu ważności wadium, oznaczone są

w dniach, a nie w godzinach (wyrok KIO 1305/17). Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający dysponował przez cały czas oryginałem gwarancji, a od 28 września 2020 r. także aneksem do niej, nie zaistniała w ogóle przerwa w ważności wadium. Zgodnie z oświadczeniem wystawcy gwarancji aneks wydłużający okres jej obowiązywania wszedł w życie 24 września 2020 r. i gwarancja obowiązuje nieprzerwanie od 29 lipca 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r.

Odwołujący nie twierdzi, że w czasie, przez który Zamawiający nie dysponował aneksem, wystąpiły okoliczności określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkujące zatrzymaniem wadium, a przekazanie Zamawiającemu aneksu 28 września 2020 r. uniemożliwiło Zamawiającemu dochodzenie roszczeń związanych z działaniami lub zaniechaniami Przystępującego.

Ponadto dysponowanie aneksem wydłużającym ważność ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nie jest warunkiem koniecznym do skorzystania z niej. W punkcie 4. gwarancji przedstawionej przez Przystępującego wraz z ofertą wskazano, iż zapłata nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia przez beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium. Wymogi, jakie powinno spełniać żądanie, zostały zawarte w punkcie 5. gwarancji i wynika z nich, że w celu skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji musi on jedynie przedstawić żądanie oraz oświadczenie w formie pisemnej, nie jest konieczne przedstawienie oryginału gwarancji i aneksu.

Formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, ale służy przede wszystkim realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania. Odrzucenie oferty Przystępującego sprowadzałoby się do odrzucenia oferty nie z powodu tego, że nie wniósł on wadium lub termin pierwotnie wskazany w gwarancji jako koniec jej ważności i to pomimo tego, że 4 dni wcześniej gwarant wydłużył okres jej obowiązywania, a aneks został wystawiony w prawidłowy sposób i w prawidłowej formie oraz został doręczony przed upływem terminu wskazanego przez Zamawiającego w wezwaniu.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że nie jest on w stanie uzyskać do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów. Jest to zarzut czysto hipotetyczny, gdyż został oparty na założeniu, że do określonej daty w przyszłości nie będzie możliwe uzyskanie przez zezwolenia, a okoliczności faktyczne stanowiące podstawę jego sformułowania mogą się ziścić dopiero

31 grudnia 2020 r. Zarówno na dzień dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i na dzień orzekania, nie upłynął termin na przedstawienie Zamawiającemu tego zezwolenia. Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego, a nie

hipotetycznego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego mogłoby dojść

w przyszłości.

Wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów jest wymogiem dotyczącym dopiero etapu realizacji umowy, nie jest to warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z punktem 1. lit. g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu obowiązującym po zmianie wprowadzonej przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 2 w wyjaśnieniach nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 3 lipca 2020 r. „wykonawca w terminie do 31.12.2020 r. przedstawi wymagane przepisami prawa zezwolenie i zezwolenia na zbieranie odpadów”. Wymóg ten został zamieszczony przez Zamawiającego w punkcie dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę wymagań w zakresie realizacji zadania, które będzie zobowiązany przedstawić po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy.

W § 3 ust. 1 wzoru umowy, wskazano, że „Wykonawca przed podpisaniem umowy powinien posiadać wpisy do rejestrów lub zezwolenia udzielone Wykonawcy, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy.” Stosownie do § 3 ust. 10 wzoru umowy „W przypadku braku zezwoleń, o których mowa w ust. 1 Wykonawca oświadczy, że złożył do właściwego organu wnioski o jego wydanie.”

Interpretacja przyjęta przez Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego nie dość, że oparta jest na przypuszczeniu, to nie odpowiada faktycznemu wymaganiu Zamawiającego, który wprost we wzorze umowy dopuścił sytuację, w której nawet na moment podpisania umowy wykonawca może wykazać się nie tyle samym zezwoleniem, co wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że złożył do właściwego organu wnioski o jego wydanie.

Przystępujący posiada zezwolenie na zbieranie odpadów udzielone przez Starostę Ostrowieckiego (decyzja z 8 stycznia 2015 r.), w którym jako miejsce zbierania odpadów wskazano dwie lokalizacje w Ostrowcu Świętokrzyskim. Niemniej jednak Przystępujący przedsięwziął kroki i środki w celu uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym będzie mógł realizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i powszechnie obowiązującymi przepisami.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed otwarciem rozprawy Odwołujący oświadczył, iż wycofuje odwołanie w zakresie zarzutu drugiego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie jest w stanie uzyskać do 31 grudnia 2020 r. zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Zgodnie z jednolicie przyjętą praktyką orzeczniczą, zdanie pierwsze powyższego przepisu ma zastosowanie *per analogiam* także do poszczególnych zarzutów odwołania.

W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie przedłużył ważności wadium przed upływem ważności wadium pierwotnie złożonego, Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zgodnie z art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia

z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Powyższa regulacja powiązana jest z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.

Wniesienie odwołania nie ma jednak takiego samego skutku w stosunku do biegu terminów wskazanych w gwarancjach wadialnych.

Poza tym art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie, w którym wskazuje na rygor wykluczenia wykonawcy z postępowania – co było odniesieniem do uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 2 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w których to przepisach kolejno wskazywano na sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z wadami wadium – jest niekompatybilny z obecnym stanem prawnym, w którym taką sankcję zniesiono, a wprowadzono sankcję odrzucenia oferty w przypadkach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym „rygor wykluczenia wykonawcy” można by co najwyżej interpretować jako „rygor odrzucenia oferty” (w przypadkach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych), a nie jako samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Składając ofertę Przystępujący przedstawił ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium

nr 02GG02/0168/20/0087 datowaną na 28 lipca 2020 r., z treści której wynika, że gwarant gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwoty 100.000,00 złotych z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (ustęp 1. gwarancji): 1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, 2) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 3) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,

4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.

W ust. 3. gwarancji wskazano, że gwarancja jest ważna w okresie od 29 lipca 2020 r. do 27 września 2020 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.

Pismem z 24 września 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego „pod rygorem odrzucenia oferty z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo, wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Prosimy o przestanie na adres e-mailowy zamowienia@starachowice.eu potwierdzenia przedłużenia wadium, albo wniesienia nowego wadium w formie oryginału w terminie do dnia 28.09.2020 r. do godz. 15.00.”

Przystępujący taką przedłużoną gwarancję w postaci aneksu datowanego na 24 września 2020 r. („Aneks nr A1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG02/0168/20/0087 z dnia 28.07.2020 r.”) przesłał Zamawiającemu 28 września 2020 r.

o godz. 9:25. W treści aneksu wskazano: „ust. 3 otrzymuje brzmienie: Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 29.07.2020 r. do 31.12.2020 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. Pozostała treść Gwarancji nie ulega zmianie. 3. Niniejszy aneks wchodzi w życie z dniem 24.09.2020 r.”

Jak wynika z powyższego, przedstawiona wraz z ofertą Przystępującego gwarancja obowiązywała do 27 września 2020 r. (niedziela).

Przystępujący – co wynika z dokumentacji postępowania przetargowego – 21 września 2020 r. podjął u gwaranta czynności zmierzające do przedłużenia gwarancji, po czym 24 września 2020 r. otrzymał wezwanie Zamawiającego do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy w formie oryginału w terminie do dnia 28.09.2020 r. do godz. 15.00. Zamawiający, jak wskazał, wyznaczył taki termin kierując się dyspozycją art. 115 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Przystępujący przedłożył wymagany aneks do gwarancji wadialnej 28 września 2020 r. o godz. 9.25.

W ocenie Izby działanie Przystępującego było prawidłowe. Niezależnie bowiem od zastosowania art. 115 Kodeksu cywilnego – który, w ocenie Izby, ma w tym przypadku zastosowanie w stosunku do czynności Przystępującego – oraz samego brzmienia gwarancji, która nie wskazuje w sposób tradycyjny na 27 września 2020 r. jako termin na zgłoszenie roszczenia Zamawiającego, lecz na zdarzenie będące podstawą wypłaty sumy wadium („przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu, w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium”), które w tym przypadku mają znaczenie drugorzędne, przesądzające jest samo wezwanie Zamawiającego do przedłużenia wadium. W wezwaniu tym Zamawiający wyraźnie wskazał datę 28 września 2020 r. godz. 15 jako termin na wniesienie nowego wadium lub przedłużenie wadium dotychczasowego – i termin ten ma zastosowanie w stosunku do Przystępującego. Przystępujący przesłał Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej w tym terminie, zatem wywiązał się ze swojego obowiązku.

Nawet więc gdyby Zamawiający błędnie założył, że art. 115 Kodeksu cywilnego ma zastosowanie lub następnie zmienił swój sąd w tym zakresie, zastosowanie się przez wykonawcę do wezwania nie może powodować dla niego negatywnych konsekwencji. Bez przedmiotowego wezwania Przystępujący prawdopodobnie przedstawiłby wadium we wcześniejszym terminie, skoro czynności zmierzające do jego przedłużenia podjął 21 września, a sam aneks został wystawiony 24 września 2020 r.

Izba stanowczo nie popiera zastawiania tego typu pułapek na wykonawców działających

w dobrej wierze. Jest to wprost sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. uczciwą konkurencją oraz przejrzystością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym nie ma też potrzeby rozpatrywania podnoszonej podczas rozprawy kwestii, czy art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych – wobec jego brzmienia odmiennego od wcześniejszych treści zawartych w uchylonych art. 24 ust. 2 pkt 2 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – ma w ogóle zastosowanie w przypadku przedłużania wadium.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący:.....