

WYROK
z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2020 r. przez wykonawcę „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZEŚTOBUD D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie, głaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2486/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZEŚTOBUD D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.
 2. Pozostałe zarzuty odwołania oddać.
 3. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego - Gminę Miasto Częstochowa i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Miasta Częstochowa na rzecz Odwołującego - wykonawcy „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. z siedzibą w Częstochowie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2486/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Częstochowa [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku Bursy Miejskiej w pierzei alei T. Kościuszki 8 w Częstochowie wraz z rozbiórką budynku istniejącego oraz zagospodarowaniem terenu na dz. nr 28 obręb 149 (znak postępowania: IZ.271.40.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2020 r. pod numerem 562707-N-2020.

W dniu 30 września 2020 r. wykonawca „Cz.P.B.P. Przemysłówka” S.A. z siedzibą w Częstochowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZEŚTOBUD D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie [dalej „Konsorcjum Częstobud – Budopol”], mimo że wskazany wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, w konsekwencji czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawców Konsorcjum Częstobud – Budopol pomimo braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia oraz dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenie wykonawców Konsorcjum Częstobud – Budopol;
4. odrzucenie oferty wykonawców Konsorcjum Częstobud – Budopol;
5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, iż wykazane w dalszej części uzasadnienia naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego prowadzą do wniosku, że Zamawiający nie traktował wykonawców w sposób równy i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał z naruszeniem przepisów ustawy.

Odnosząc zarzut wskazany w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący kwestionował prawidłowość złożonej przez Konsorcjum Częstobud – Budopol gwarancji ubezpieczeniowej. W szczególności Odwołujący podnosił, że w gwarancji wskazano jej ważność to jest od dnia 8.09.2020 r. do 07.10.2020 r. włącznie to jest w okresie 30 dni związania ofertą oraz wskazano, że wszelkie roszczenia odnośnie gwarancji Gwarant powinien otrzymać w terminie ważności gwarancji, w tym także drogą elektroniczną z podpisem elektronicznym kwalifikowanym.

Uzasadniał, że jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 7 października 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka

zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, oczywiście jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Należy zatem stwierdzić, że gwarancja mająca zabezpieczyć roszczenia Zamawiającego wynikające z ustawy prawo zamówień publicznych, która nakłada na Zamawiającego obowiązek złożenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiających oraz zawiera postanowienia w istocie skracające okres ważności gwarancji poniżej okresu związania ofertą. Taka gwarancja nie spełnia wymogu przedłożenia wadium na okres związania ofertą, a jednocześnie w porównaniu do wadium wniesionego w formie pieniężnej, w sposób istoty ogranicza prawa Zamawiającego, co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący na poparcie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO sygn. akt: KIO 952/20 oraz KIO 642/20.

Konkludując wskazał, że wykonawcy Konsorcjum Częstobud - Budopol nie złożyli w sposób prawidłowy wadium, wobec czego ich oferta powinna zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zostać odrzucona. Odwołujący zauważył, że pozostali wykonawcy uwzględnili taką sytuację i ich gwarancje są odpowiednio dłuższe - o jeden dzień w przypadku możliwości zgłoszenia roszczenia drogą elektroniczną (także gwarancje ubezpieczeniowe innych wykonawców z ERGO Hestia SA) i nawet dodatkowo 3 dni po upływie terminu ważności gwarancji w przypadku składanych w formie pisemnej.

W przedmiocie zarzutu podniesionego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w punkcie 5.3 oraz 5.4 SIWZ. Odwołujący uzasadniał, iż zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający był uprawniony do żądania od wykonawców jedynie oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na dowód tego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Stwierdził jednak, że uprawnienie Zamawiającego, które Odwołujący kwestionuje, przerodziło się w fikcyjny warunek udziału w postępowaniu, który wykonawca spełnia poprzez złożenie abstrakcyjnego oświadczenia o spełnieniu warunków bez wskazania żadnych okoliczności uzasadniających spełnienie tych warunków. Takie postępowanie, polegające na akceptacji abstrakcyjnych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie może zostać zaakceptowane, gdyż w istocie prowadzi ono do obejścia ustawy Pzp. Zamawiający powinien zweryfikować treść oświadczenia, a Wykonawca powinien wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie konkretnych zamówień, które spełniają narzucone przez Zamawiającego warunki. Na to wskazuje m.in. zapis *warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli jego elementy składowe (ppkt 1 i 2) tego warunku były zrealizowane w jednym kontrakcie, jak również w osobnych kontraktach*. Zamawiający żądał wykazania, że realizacje, którymi miał się wykazać wykonawca oraz jego kadra techniczna mają konkretną wartość, wobec co wykonawca powinien realnie wykazać w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie tylko powtórzyć zapisy SIWZ. W ocenie Odwołującego jest to jedyna możliwa interpretacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyby bowiem Zamawiający rzeczywiście nie wymagał posiadania doświadczenia czy dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, mógłby to wprost wskazać w SIWZ. Stwierdził, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, który tylko w sposób abstrakcyjny oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu naruszył warunki postawione w specyfikacji oraz jednocześnie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Wykonawcy - Konsorcjum Częstobud - Budopol w sposób abstrakcyjny wskazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu poprzez złożenie oświadczenia, że posiadają doświadczenie oraz, że dysponują osobami wymaganymi przez SIWZ do wykonania zamówienia, jednakże w żaden sposób nie wskazali w jaki sposób spełniają warunki udziału w postępowaniu (oświadczenie polegało jedynie na powieleniu postanowień SIWZ, których określenie służyło niewątpliwie do określenia minimalnego poziomu wymagań Zamawiającego). Takie abstrakcyjne oświadczenie nie spełnia wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący na poparcie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO sygn. akt: KIO 50/19.

Odwołujący wskazał, że analizując treść oświadczeń Wykonawcy - Konsorcjum Częstobud - Budopol należy obiektywnie stwierdzić, że oświadczenia Wykonawcy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 25 ustawy Pzp.

W związku ze stosowaniem art. 24aa ustawy Pzp, Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów - treści oświadczeń o treść w sposób faktyczny potwierdzającą spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie konkretnych zrealizowanych zadań oraz konkretnych osób jakimi dysponuje w związku z postawionymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należy stwierdzić, że skoro Wykonawcy - Konsorcjum Częstobud - Budopol nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to dokonując wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, #x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 października 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 1 października 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz zmianami, ofertę wykonawcy Konsorcjum Częstobud - Budopol oraz zawiadomienie

o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 września 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 października 2020 r. Ponadto Izba zaliczyła do akt sprawy pismo procesowe Przystępującego z dnia

26 października 2020 r. wraz z załącznikami oraz dowody, tj.: gwarancję Balcia Insurance Sp. europejska Oddział w Polsce z dnia 30 stycznia 2020 r., gwarancję bankową nr 206/18/GW/2019, gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium z dnia 19 września 2019 r. oraz gwarancję bankową z dnia 19 lutego 2019 r.

Izba wzięła pod uwagę również pismo procesowe Odwołującego z dnia 29 października 2020 r.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału sprawy pisma Zamawiającego z dnia

26 października 2020 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie z uwagi na okoliczność, iż ww. pismo przekazane drogą e-mail nie zostało podpisane przez Zamawiającego (brak podpisu własnoręcznego czy podpisu elektronicznego).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 5.3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tzn. wykonali, tj. zakończyli w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na:

1) wykonaniu rozbiórki obiektu kubaturowego o wartości robót rozbiórkowych nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto;
2) budowie, przebudowie lub remoncie budynku mieszkalnego, zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej (zdefiniowanego w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie – tekst jednolity Dz. U. 2019 poz. 1065) o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto.

Ww. warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli jego elementy składowe (ppkt 1

i 2) tego warunku były zrealizowane w jednym kontrakcie, jak również w osobnych kontraktach.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w związku z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp

w sytuacji gdy powyższe warunki (ppkt 1 i 2) będą spełniane nie przez wykonawcę lub wspólników konsorcjum, a przez „inne podmioty”, to „podmioty” te muszą być podwykonawcami części przedmiotu zamówienia o wartości odpowiednio nie mniejszej niż: 300 000,00 zł brutto i 5 000 000,00 zł brutto.

W punkcie 5.4 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca winien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj.:

1) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń i posiadającą doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy robotach budowlanych dotyczących:

a) wykonania rozbiórki obiektu kubaturowego o wartości robót rozbiórkowych nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto oraz

b) budowy, przebudowy lub remontu budynku mieszkalnego, zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej (zdefiniowanego w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie – Dz. U. z dnia 15.06.2002 Nr 75, poz. 690 ze zm.) o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto.

Ww. warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli jego elementy składowe (ppkt 1a i 1b) tego warunku były zrealizowane w ramach jednej roboty budowlanej lub osobnych robotach.

2) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

3) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Z kolei w punkcie 6 SIWZ pt. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” Zamawiający wskazał, że wykonawca obowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie wypełnione w zakresie wskazanym w punkcie 5 SIWZ: 1) oświadczenie wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, zawarte w druku OFERTA; 2) oświadczenie wykonawcy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawarte w druku OFERTA.

Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął 8 września 2020 r. Zgodnie z punktem 9 SIWZ, termin związania ofertą wynosił 30 dni.

Zgodnie z punktem 8 SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 100 000,00 zł. Zamawiający wskazał, że wadium w formie innej niż pieniądź: 1) należy złożyć w oryginale w postaci papierowej wraz z ofertą przetargową albo 2) w sytuacji wnoszenia wadium w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, należy go przesłać w oryginale na adres: . Wadium można było wносить w jednej lub kilku formach określonych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

Wykonawca Konsorcjum Częstobud – Budopol złożył ofertę wypełniając formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do specyfikacji, podpisany przez obu członków konsorcjum. Wraz z ofertą wykonawca złożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A., zgodnie z którą Gwarant zobowiązał się do zapłaty na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo i nieodwołalnie po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania oraz bez konieczności jego uzasadnienia kwoty 100 000,00 zł, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie Pzp. W gwarancji wskazano także jej ważność to jest od dnia 8.09.2020 r. do 07.10.2020 r. (okres ważności gwarancji) włącznie. Dalej wskazano, iż „wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji. Żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zasadami reprezentacji Beneficjenta. W takim przypadku żądanie zapłaty powinno zostać złożone na następujący adres poczty elektronicznej e-szkody.gwarancje@ergohestia.pl.”

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Częstobud - Budopol, mimo że wskazany wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy.

Stosownie do treści art. 45 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. W myśl ust. 6 art. 45 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu;

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawie z dnia 9 listopada 2000 r.

o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r., i). Przypadki, w których zamawiający zatrzymuje wadium określa natomiast art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium, jednakże mając na uwadze brzmienie art. 14 ust. 1 ustawy

Pzp należy odwołać się w powyższym zakresie do art. 70⁴ § 1 KC, który stanowi, że w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jednocześnie w myśl art. 70⁴ § 2 KC, jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobrać sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia.

W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Powyższa definicja oddaje istotę wadium również w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Dla oceny prawidłowości wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadnym jest przywołanie funkcji wadium. I tak, w doktrynie

i orzecznictwie Izby wskazuje się na dwie podstawowe funkcje wadium. Z jednej strony wadium stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą oraz zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie Pzp. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższemu warunkowi, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (KC). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęcie należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą (tak KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1988/13). Podkreślić także należy, iż celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dochodzenie przez zamawiającego roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej winno być stosunkowo łatwe, a zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinno pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że analiza treści wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum Częstobud – Budopol, biorąc pod uwagę treść oświadczenia Gwaranta, nie zabezpiecza

w pełni interesu Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji, co też skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia, iż wadium wniesione przez ww. wykonawcę zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Lektura treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego wskazuje, iż jest ona bezwarunkowa, nieodwołalna, a wypłata środków pieniężnych przez gwaranta nastąpi po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie jak wynika z ww. gwarancji data upływu terminu związania ofertą Konsorcjum Częstobud – Budopol została określona równocześnie jako termin ważności gwarancji (08.09.2020 r. do 07.10.2020 r.). Co więcej, to w ww. terminie (do 07.10.2020 r.) do gwaranta powinny zostać zgłoszone wszelkie roszczenia wynikające z gwarancji. Powyższe wynika wprost z końcowych postanowień gwarancji wadialnej: „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 08-09-2020 r. do dnia 07-10-2020 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”.

W ocenie Izby analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że w przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, tj. 7 października 2020 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Powyższe wprost wynika z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej („wszelkie roszczenia odnośnie

niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji"). Innymi słowy, treść złożonej przez Konsorcjum Częstobud – Budopol gwarancji ubezpieczeniowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Powyższy problem był przedmiotem rozważań Izby

w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 952/20, w których wskazano, że „Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc.” (por. także wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 802/17). Za prawidłowe należało zatem uznać stanowisko Odwołującego, iż wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione.

Dalej wskazać należy, iż wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji winno wynikać w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium. Natomiast wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Konsorcjum Częstobud - Budopol polega na ewidentnym ograniczeniu - w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu - możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą).

W tym miejscu wskazać należy, iż nie ma znaczenia okoliczność, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu nie określił szczegółowych wymagań co do treści wadium składanego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zdaniem Izby takie uszczegółowienie wymagań nie jest niezbędne, bowiem ustawodawca na równi postawił formy wadium określone w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp mimo występujących między nimi różnic dotyczących np. terminu uzyskania wadium przez zamawiającego. Kluczowe jest bowiem to, aby zamawiający w sytuacji zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium mógł realnie zrealizować swoje prawo w tym zakresie w całym w okresie ważności wadium niezależnie od formy w jakiej jest ono wnoszone.

Izba podkreśla, że Przystępujący tak w złożonym piśmie procesowym, jak i zaprezentowanym podczas rozprawy stanowisku w żadnej mierze nie odniósł się do omawianego ww. postanowienia gwarancji ubezpieczeniowej i związanej z nim możliwości braku realnego zabezpieczenia interesów Zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą), czy też w ostatnich godzinach jej ważności. To, że formalnie wniesione przez Przystępującego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczało ofertę w okresie jej związania (8 września 2020 r. do

7 października 2020 r.), wbrew twierdzeniom Wykonawcy, w świetle wyżej przywołanego postanowienia gwarancji, nie zabezpieczało w pełni interesów Zamawiającego umożliwiających mu zaspokojenie roszczeń z gwarancji w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. Poza sporem i bez znaczenia w niniejszej sprawie było również to, że termin końcowy gwarancji, to termin o którym mowa w art. 116 § 2 KC.

Izba wskazuje, iż nic nie wnoszą do przedmiotowej sprawy i nie potwierdzają jako prawidłowego stanowiska Przystępującego złożone gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe oraz oświadczenie brokera ubezpieczeniowego z dnia 26 października 2020 r. poparte wzorami gwarancji ubezpieczeniowych stwierdzające, że „jako rynkowy standard przyjmuje się treść gwarancji, w której Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji.” Zawieranie w gwarancjach ubezpieczeniowych klauzul ww. typu nie potwierdza prawidłowości „praktyki rynkowej”, na którą powoływał się Przystępujący, a co więcej zdaniem składu orzekającego praktyka ta jest zgoła odmienna. W tym miejscu dodać należy, że to wykonawca jest zleceniodawcą (umowa o udzielenie gwarancji) stanowiącej pisemne zobowiązanie ubezpieczyciela (gwaranta) do wypłaty na rzecz beneficjenta (Zamawiającego) określonej sumy pieniężnej na jego żądanie w określonych przypadkach na podstawie umowy jaka zostaje zawarta między gwarantem a beneficjentem. Tym samym, to wykonawca powinien jednoznacznie określić informacje jakie powinny zostać wskazane w gwarancji wadialnej dla jej skuteczności oraz zweryfikować treść udzielonej gwarancji. Co więcej, regulacje dotyczące umów w oparciu, o które wadium jest udzielane powinny doznawać pewnych modyfikacji na gruncie Prawa zamówień publicznych po to, aby zapewnić zamawiającemu realną możliwość zaspokojenia roszczeń gwarancyjnych w przypadku ziszczenia się przesłanki zatrzymania wadium określonej ustawą Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że wniesione przez wykonawcę Konsorcjum Częstobud – Budopol wadium nie daje Zamawiającemu możliwości jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp zaistniałych w okresie jego ważności. Tym samym oferta wykonawcy Konsorcjum Częstobud – Budopol podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Częstobud – Budopol pomimo braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy oraz potencjału kadrowego.

Odwołujący stał na stanowisku, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy zbadał pod względem podmiotowym wykonawcę Konsorcjum Częstobud – Budopol na podstawie złożonego w formularzu ofertowym oświadczenia o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego złożone przez Przystępującego oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu miało charakter abstrakcyjny i polegało na powieleniu postanowień specyfikacji. Jednocześnie odwołujący się Wykonawca twierdził, iż w świetle art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający był

uprawniony do żądania od wykonawców wyłącznie oświadczenia na dowód tego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W myśl art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w , i. Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie , zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w . Z tego ostatniego przepisu wynika zatem, że ustawodawca dla zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych przewidział możliwość żądania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a nie obowiązek. Jednocześnie podkreślić należy, iż podstawą do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp może być jedynie katalog dokumentów i oświadczeń żądanych od wykonawców, określony przez zamawiającego dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Uwzględniając powyższe przepisy prawa Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 5.3 i 5.4 SIWZ wymagał złożenia przez wykonawcę wyłącznie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym. Poza sporem było to, iż wykonawca Konsorcjum Częstobud – Budopol wypełnił formularz ofertowy zawierający w punkcie 4 oświadczenie o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu określonych przez Zamawiającego na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w punktach 5.3 i 5.4 SIWZ, czyniąc tym samym zadość wymogom Zamawiającego. Za nieuprawnione na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać stanowisko Odwołującego, który w istocie dążył do rozszerzenia uprawnień Zamawiającego ponad te, które wynikają z treści specyfikacji

i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie katalogu żądanych od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inaczej rzecz biorąc, skoro w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia stosownych wykazów robót budowlanych oraz wykazu osób potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to nie może żądać ich złożenia na etapie badania ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie byłby również uprawniony do wezwania wykonawcy do podania konkretnych zrealizowanych zadań oraz konkretnych osób, którymi dysponuje wykonawca celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Takie działanie stanowiłoby w istocie obejście zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia katalogu oświadczeń wymaganych od wykonawcy celem potwierdzenia spełniania warunków.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś 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 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....