

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę VICTRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu przy Placu Wolności 6-7 (47-220 Kędzierzyn-Koźle) w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą

w Warszawie przy ul. Alejach Jerozolimskich 94 (00-807 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Lifor Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Pułaskiego 49 (41-902 Bytom), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę VICTRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu 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 VICTRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie zwany 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) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących w ramach projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 (numer postępowania: BDG.ZPB.072.4.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 079-186055.

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

W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca VICTRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z uwagi na jej niezabezpieczenie wadium w wysokościach wymaganych przez zamawiającego, podczas gdy złożone przez niego gwarancje wadium na część I i III zamówienia opiewają na kwoty określone przez zamawiającego oraz czynią zadość wszystkim innym wymaganiom określonym w SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 45 ust. 1 i 4 Pzp przez bezzasadne odrzucenie jego

oferty ze względu na to, że w opinii zamawiającego kwoty gwarancji wadium wniesionych przez odwołującego w ramach I i III części zamówienia są niższe od kwot wadium określonych przez zamawiającego, a tym samym - zdaniem zamawiającego - nie zostały one wniesione lub zostały wniesione w sposób nieprawidłowy;

- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny oferty odwołującego;

- powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego;

- uznanie, że wadium odwołującego zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę na dwie z trzech części postępowania oraz ma realne szanse na zawarcie umów ramowych z zamawiającym. W ocenie odwołującego ewentualne nieuwzględnienie odwołania pozbawi go możliwości zawarcia umów ramowych z zamawiającym oraz pozyskania udzielanych na ich podstawie zamówień, czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując te zamówienia. Okoliczności te wyczerpują przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

W zakresie dopuszczalności wniesienia gwarancji wadium w walucie obcej odwołujący wyjaśnił, że podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji przejawia się m.in. tym, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania, niezależnie od tego czy są to wykonawcy krajowi, czy zagraniczni, posiadający siedzibę na terenie UE. Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców

bańdź nie będnie stwarzać określanej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Odwołujący zauważył przy tym, że potwierdzona w orzecznictwie możliwość wniesienia wadium w walucie obcej stanowi przejaw równego traktowania wykonawców. Podejście to motywowane było przede wszystkim wyrównaniem szans dla wykonawców zagranicznych, dla których uzyskanie wadium w polskiej walucie stanowiło utrudnienie i często generowało dodatkowe koszty, których wykonawcy krajowi nie musieli ponosić. Jako, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający nie kwestionował możliwości wniesienia wadium w walucie obcej, w tym przypadku w formie gwarancji bankowej opiewającej na określoną kwotę wyrażoną w euro, a nawet przytacza orzecznictwo na jej potwierdzenie, należy uznać, że taka możliwość była w niniejszym postępowaniu bezsporna. Istotne było jednak przy tym dla odwołującego to, że wniesienie wadium w walucie obcej (np. w euro) nie może prowadzić do gorszego traktowania danego wykonawcy w stosunku do wykonawców, którzy wnieśli wadium w walucie krajowej (w złotych).

Jeśli chodzi o brak postanowień SIWZ dotyczących przeliczania gwarancji wadialnej w walucie obcej odwołujący wyjaśnił, że zamawiający publikując ogłoszenie o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miał zapewne świadomość tego, że w postępowaniu mogą wziąć wykonawcy zagraniczni. Tym samym, biorąc pod uwagę zasadę równego traktowania wykonawców, powinien przewidzieć, że niektórzy wykonawcy złożą wadium w walucie obcej. Niemniej jednak, zamawiający nie ustanowił w SIWZ żadnych reguł dot. przeliczania wadium w obcej walucie. Takie reguły zostały ustanowione jedynie dla warunku udziału w postępowaniu, tj. w pkt 3.4 SIWZ: W przypadku, gdy warunki udziału w postępowaniu określone w Części III SIWZ odnoszą się do kwot podanych w złotych polskich (PLN), a Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskaże kwoty w innej walucie niż złoty polski, dla potrzeb oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu kwoty te zostaną przez Zamawiającego przeliczone na złoty polski po średnim kursie NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeśli w dniu publikacji tego ogłoszenia o zamówieniu nie zostanie opublikowana tabela średnich kursów NBP; zastosowany zostanie kurs z ostatniej tabeli kursów średnich opublikowanej przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący podkreślił, że powyższa reguła odnosząca się do warunków udziału w postępowaniu nie ma bezpośredniego zastosowania do wadium. Gdyby tak było, zamawiający wyraziłby to wprost w cytowanym postanowieniu SIWZ lub w kolejnych. Brak jakichkolwiek postanowień w tym zakresie prowadzi do wniosku, że zamawiający nie uregulował wprost kwestii przeliczania wartości wadium wyrażonej w walucie obcej w dokumentacji przetargowej. W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że Pzp nie reguluje kwestii przeliczania wartości wadium wyrażonej w euro na złotówki. W Pzp nie został wskazany przelicznik, który powinien być stosowany w takich przypadkach. Wskazówek w tym zakresie nie ma również w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe, regulującej m.in. kwestię gwarancji bankowej. Jak wynika z ugruntowanego stanowiska prezentowanego zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, niejednoznaczność zapisów w treści SIWZ nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców. Błędy w sformułowaniu SIWZ nie powinny co do zasady obciążać odbiorcy oświadczenia woli zawartego w tym dokumencie, oferenta. Zamawiający wyjaśnił, że spodziewając się, iż w postępowaniu wykonawcy mogą złożyć gwarancje wadialne w walutach innych niż PLN (ze względu na „unijny” charakter postępowania oraz możliwość składania ofert przez wykonawców zagranicznych), winien był jednoznacznie uregulować tę kwestię w SIWZ. Negatywne skutki braków lub niejednoznaczności treści SIWZ w tym zakresie nie mogą więc obciążać wykonawców.

Odnosząc się do braku podstaw do przyjęcia średniego kursu NBP z dnia złożenia oferty odwołujący wskazał, że zamawiający, w celu ustalenia czy gwarancje bankowe przedłożone przez odwołującego opiewają na kwoty określone w SIWZ, dokonał przeliczenia ich wartości z euro na zł, przyjmując kurs średni euro wg NBP z dnia składania ofert, tj. z 3 czerwca 2020 r. Jak zostało to wykazane powyżej, działanie takie nie znajduje żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ oraz w przepisach obowiązującego prawa. Nadto, podstawą przyjęcia takiego przelicznika nie może być również orzecznictwo, na które w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty posiłkowo powołał się zamawiający. W wyrokach tych nie ma bowiem mowy o tym, aby zamawiający był uprawniony do przejęcia przelicznika w postaci średniego kursu NBP z dnia składania ofert, bez wcześniejszego zastrzeżenia tego w SIWZ. Decyzja o przyjęciu takiego sposobu przeliczania euro na zł była więc arbitralną decyzją zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie można przy tym pominąć faktu, że średni kurs euro wg NBP z dnia 3 czerwca 2020 r., który przyjął zamawiający, był najniższym średnim kursem euro na przestrzeni ostatnich 4 miesięcy. W dniu tym nastąpiło bowiem swoiste „załamanie” kursu euro. Już następnego dnia po złożeniu oferty (tj. 4 czerwca 2020 r.) kurs ten osiągnął wartość 4,4347 co po przeliczeniu kwot wadium na zł dawało kwoty wymagane przez zamawiającego w SIWZ (tj. odpowiednio 603 119,20 zł oraz 301 559,60 zł). Nadto, od 4 czerwca 2020 r. do dnia sporządzenia odwołania kurs ten

niezmiennie utrzymywał się na odpowiednio wysokim poziomie, co oznacza, że wartości gwarancji wadialnych nie spadły poniżej wartości wymaganych przez zamawiającego. W tym kontekście odwołujący zauważył, że wymagania zamawiającego zostałyby spełnione w przypadku, gdyby zamawiający - analogicznie, jak uregulował to w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu - przyjął średni kurs euro wg NBP z dnia publikacji ogłoszenia, tj. z 22 kwietnia 2020 r. Wynosił on bowiem wtedy 4,5329 co daje odpowiednio kwoty 616 474,40 zł oraz 308 237,20 zł, wobec 600 000,00 zł i 300 000,00 zł wymaganych przez zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, że zamawiający nie miał żadnej podstawy, by przyjąć jako kurs przeliczeniowy średni kurs NBP z dnia składania ofert.

W zakresie konieczności przyjęcia średniego kursu banku, który wystawił gwarancję - gwaranta odwołujący wyjaśnił, że wobec braku uregulowania tej kwestii w SIWZ, zamawiający powinien przyjąć, że jeżeli istnieje taka możliwość przeliczenia kwoty wyrażonej w euro, która pozwala na przyjęcie, że kwota ta odpowiada żądanej wartości w złotych, to wadium złożone w euro wystarczająco zabezpiecza interes zamawiającego. W szczególności, w ocenie odwołującego przeliczenie wartości gwarancji wadialnych z euro na zł powinno w przedmiotowej sytuacji nastąpić według średniego kursu euro stosowanego przez gwaranta, który wystawił gwarancje wadialne na rzecz odwołującego - tj. mBank S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „mBank”). Przyjęcie takiej optyki prowadziło odwołującego do wniosku, że oferta jego w części I i III postępowania była zabezpieczona gwarancjami wadialnymi w wymaganych przez zamawiającego wysokościach, przez cały okres związania ofertą. Podobnie jak w przypadku średniego kursu euro wg NBP, także średni kurs euro wg mBanku doznał swoistego „załamania” w dniu 3 czerwca 2020 r., jednak jego wartość była wyższa niż wartość średniego kursu NBP, ponieważ wyniosła 4,4134 co po przeliczeniu kwot gwarancji wadialnych odwołującego na dzień 3 czerwca 2020 r. dało:

- 68.000 euro x 4,4134 = 300 111,2 zł wobec 300 000 zł wymaganych przez zamawiającego;
- 136.000 euro x 4,4134 = 600 222,4 zł wobec 600 000 zł wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił przy tym, że od 3 czerwca 2020 r. do dnia sporządzenia odwołania kurs ten niezmiennie utrzymuje się na odpowiednio wysokim poziomie, co oznacza, że wartości gwarancji wadialnych nie spadły poniżej wartości wymaganych przez zamawiającego. Z powyższego wynikało zatem dla odwołującego, że przez cały okres związania ofertą, jego oferta była zabezpieczona gwarancjami wadialnymi opiewającymi na kwoty przewyższające kwoty minimalne określone przez zamawiającego w SIWZ. Tym samym brak było podstaw do uznania, że kwoty gwarancji wadialnych wniesionych przez odwołującego są niższe od kwot wadium określonych przez zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji, że nie zostały one wniesione lub zostały wniesione w sposób nieprawidłowy.

Co do możliwości stosowania wykładni per analogiam odwołujący stwierdził, że jak już zaznaczono, zamawiający wprawdzie nie uregulował wprost kwestii przeliczenia kursu walut, w których wystawione były gwarancje wadialne, jednak przewidział taką możliwość w odniesieniu do kwot wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 3.4. SIWZ, dla potrzeb oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu kwoty te zostaną przez Zamawiającego przeliczone na złoty polski po średnim kursie NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Należy pamiętać, że podobnie, jak wartość wadium, są to kwoty wyrażone w złotychkach, natomiast celem ich określenia jest zdefiniowanie określonego poziomu zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Kwoty te są wynikiem przyjęcia przez zamawiającego przybliżonego poziomu wielkości zamówień, których realizacja uzasadnia tezę, że wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, będzie zdolny do wykonania zamówienia. Podobnie kwota wadium jest skonkretyzowaną wartością, którą zamawiający przewiduje jako mieszczącą się w ustawowym limicie kwotę, która według jego szacunków powinna gwarantować zawarcie umowy przez wykonawcę. Oba te narzędzia (warunki udziału w postępowaniu oraz wadium), mają więc charakter swoistych zabezpieczeń zamawiającego i ich celem jest doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku przeprowadzonego postępowania, zawarta zostanie umowa z wykonawcą, który jest zdolny ponieść ciężar wadium oraz jest zdolny do wykonania zamówienia. W związku z powyższym nie było racjonalnego powodu, by kurs wskazany przez zamawiającego w pkt 3.4. SIWZ nie mógł być w drodze wykładni per analogiam stosowany także dla innych kwot wyrażonych w euro, dla których nie przewidziano innego

przelicznika.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Lifor Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu. W piśmie z dnia 24 lipca 2020 r. zawierającym zgłoszenie przystąpienia, ww. wykonawca podał uzasadnienie na okoliczność oddalenia odwołania.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił uzasadnienie na okoliczność wniosku o oddalenie odwołania

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, 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 papierowej, przesłanej do akt sprawy w dniu 24 lipca 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty odwołującego wraz ze złożonymi gwarancjami wadialnymi w zakresie I i III części zamówienia;
- zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 8 lipca 2020 r.

2) załączonych od odwołania:

- wykresu średniego kursu euro wg NBP z ostatnich 6 miesięcy;
- oświadczenia mBank;
- wykres średniego kursu euro wg mBank za ostatnie 3 miesiące;

3) załączonych do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia

- wydruku średniego kursu euro w mBank S.A. w dniu 23 lipca 2020 r.;
- wydruku średniego kursu euro w NBP w dniu 23 lipca 2020 r.;

4) złożonych przez zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie:

- wydruku korespondencji z poczty elektronicznej z dnia 10 sierpnia 2020 r.;
- obwieszczenia Prezesa NBP z dnia 21 lutego 2019 r.;
- wydruku tabeli aktualnych kursów walut mBank z dnia 4, 5 i 6 sierpnia 2020 r.

Izba ustaliła co następuje

Umowa ramowa będąca przedmiotem postępowania realizowana miała być w trzech częściach:

- część I - stacjonarne urządzenia rejestrujące do punktowego pomiaru prędkości;
- część II - stacjonarne urządzenia rejestrujące służące do pomiaru średniej prędkości na określonym odcinku drogi,
- część III - stacjonarne urządzenia rejestrujące naruszenie przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych.

Zgodnie z jednym z wymogów SIWZ, zawartym w części III.C SIWZ (str. 74-75), wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium w wysokości 600 000,00 zł dla części I, w wysokości 200 000,00 zł dla części II i 300 000,00 zł dla części III przed upływem terminu składania ofert, który został ostatecznie określony na dzień 3 czerwca 2020 r., na godz. 13:00. Odwołujący wraz z ofertą na część I i III zamówienia wniósł wadium w formie gwarancji

bankowych na kwoty odpowiednio: 136 000 euro oraz 68 000 euro, wystawionych w dniu 28 maja 2020 r.

Pismem z dnia 8 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę średni przelicznik euro wg NBP z dnia 3 czerwca 2020 r., który wynosił 4,3859 zł, obie złożone przez odwołującego gwarancje bankowe nie czyniły zadość postanowieniom SIWZ w zakresie wysokości wadium. Zamawiający wskazał, że dokonując przeliczenia według średniego kursu NBP obowiązującego w dniu składania ofert, odwołujący wniósł wadium w wysokości 596 482,40 zł w ramach części I oraz 298 241,20 zł w ramach części III, co nie spełniło wymogów zamawiającego w zakresie wysokości wadium.

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. 45 ust. 1 i 4 Pzp - 1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

4. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia;

- art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający słusznie stanął na stanowisku, iż złożenie wadium w walucie obcej było dopuszczalne i w związku z tym to na nim spoczywał obowiązek ustalenia, czy wysokość wniesionego zabezpieczenia wadium odpowiada jego oczekiwaniom podanym w SIWZ. W tym celu zamawiający powinien ustalić dzień, na który należy dokonać przeliczenia wartości euro na wartość w złotych. W tym zakresie w ocenie Izby zamawiający adekwatnie i prawidłowo oparł się na wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 9 kwietnia 2009 r. o sygn. X Ga 81/09, z którego wynika, iż przy badaniu wadium należy przyjmować, dzień składania ofert. W powyżej wskazanym orzeczeniu stwierdzono, że w ocenie Sądu, w świetle powołanej dyrektywy prawa wspólnotowego, a także mając na względzie zmieniony z dniem 24 stycznia 2009 r. przepis prawa krajowego art. 358 k.c., w wyniku której uchylona została zasada walutowości, należy zrewidować dotychczasowe poglądy o konieczności wyrażenia kwoty gwarancji w polskich złotych. Za dopuszczalne zatem uznać należy wyrażenie kwoty wadium w walucie obcej, czyli jak w przedmiotowym wypadku w walucie euro, którą, posługuje się w obrocie udzielający gwarancji, przeliczanej na polskie złote. Pojawiające się zaś wówczas ryzyko kursowe obciążać będzie jednak Wykonawcę korzystającego z tego rodzaju gwarancji, która podlegać będzie weryfikacji spełniania warunków z art. 45 ust. 1 i 3 P.z.p. na chwilę składania ofert i oceny, z punktu widzenia powołanego przepisu oraz spełnienia wymagań kwotowych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotowe ustalenie zostało przyjęte także we wskazanym w zawiadomieniu wyroku Izby z 26 listopada

2012 r. o sygn. akt KIO 2474/12, KIO 2485/12.

Izba przyjęła ponadto za własną argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie i w pierwszej kolejności wskazała, że zgodnie z treścią art. 358 §3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 zwanej dalej „kc”), jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia w walucie polskiej według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z dnia, w którym zapłata jest dokonywana. Przepisy Pzp nie regulują kwestii związanych z zagadnieniem gwarancji bankowej. Kwestie te regulują przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. Prawo

bankowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 2357 - zwaną dalej: „PrBank”) oraz kc. W tym miejscu warto przypomnieć treść art. 14 ust. 1 Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kc jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Gwarancja bankowa nie jest regulowana przepisami kc wprost, należy zatem sięgnąć do przepisów PrBank tj. przepisu art. 80 i nast. Z łącznej analizy postanowień przepisów art. 80 oraz 81 PrBank wynika, że na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Według ustawowego określenia bank udziela gwarancji na zlecenie określonego podmiotu. Pomiędzy bankiem a tym podmiotem dochodzi więc do zawarcia umowy zlecenia, w której bank zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji. Istotą tej umowy jest jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami załączonymi przez beneficjenta do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten (gwarant) wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Wierzytelność z gwarancji bankowej powstaje z chwilą przyjęcia przez beneficjenta oświadczenia gwaranta. Jest to wierzytelność przyszła, a treścią zobowiązania gwaranta jest odpowiedzialność na wypadek, gdyby dłużnik główny nie spełnił świadczenia.

W niniejszej sprawie w ocenie składu orzekającego zastosowanie znalazły także regulacje zawarte w kc, a szczególnie w jego art. 358. Jeżeli przedmiotem zobowiązania podlegającego wykonaniu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia wyłącznie w walucie obcej (zob. art. 358 §1 kc). Natomiast zgodnie z art. 358 §2 kc - Wartość waluty obcej określa się według kursu średniego ogłoszanego przez

Narodowy Bank Polski z dnia wymagalności roszczenia, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe lub czynność prawna zastrzega inaczej. W celu zastosowania reguły zawartej w powyżej wskazanym przepisie należało zdefiniować rozumienie pojęcia wymagalności roszczenia na potrzeby rozpoznania przedmiotowej sprawy. Zgodnie z art. 120 § 1 zdanie drugie kc, jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. W tym rozumieniu należy uznać, że roszczenie wymagalne to takie, na podstawie którego wierzyciel (w tym wypadku zamawiający) może czegoś „wymagać”, „domagać się”, „żądać” od dłużnika (wykonawcy).

Izba uznała, że w tego typu sprawach, nie dochodzi do rozdzielenia terminu spełnienia świadczenia od jego wymagalności. Istotą wniesienia wadium jest przede wszystkim jego funkcja zabezpieczająca. Niezależnie od wskazanej w SIWZ przez zamawiającego formy wniesienia wadium, powinno być ono wniesione w taki sposób, by zabezpieczało cały okres związania ofertą i pozostawało ważne w całym tym okresie. Tylko wtedy bowiem wadium spełnia ww. funkcję. W związku z tym już od dnia złożenia oferty (co nastąpiło w dniu 3 czerwca 2020 r.), oferta odwołującego powinna być zabezpieczona wadium w wysokości wynikającej z SIWZ. Termin złożenia oferty należy uznać, za termin o którym mowa w treści art. 120 § 1 zdanie drugie kc, tj. za najwcześniejszy możliwy termin do podjęcia czynności przez uprawnionego (zamawiającego), czyli w tym wypadku zatrzymania wadium.

Wracając do okoliczności przedmiotowej sprawy należy wskazać, że wobec wniesienia wadium w walucie obcej, zamawiający stanął przed koniecznością przeliczenia tej waluty tj. euro, na PLN. Średni przelicznik euro wg NBP z dnia 3 czerwca 2020 r., wynosił 4,3859 zł, co skutkowało tym, iż obie gwarancje bankowe nie czyniły zadość postanowieniom SIWZ w zakresie wysokości wadium. Dokonując przeliczenia według kursu obowiązującego na dzień złożenia ofert odwołujący wniósł wadium w wysokości 596 482,40 zł w ramach części I oraz 298 241 ,20 zł w ramach części III, co nie spełniało wymogów zamawiającego w zakresie wysokości wadium.

W związku z powyższym Izba, kierując się przede wszystkim okolicznościami wynikającymi z treści art. 358 §2 kc w zw. z art. 120 §1 zdanie drugie kc, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oraz zasadą ponoszenia ryzyka kursowego przez podmiot posługujący się walutą obcą, czyli odwołującego, uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się zatem, odwołanie należało oddalić.

Ponadto Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w sprawie, załączone do odwołania, ponieważ odnosiły się one do zaproponowanego przez odwołującego sposobu przeliczenia wartości kwoty wadium na złotówki, który nie znalazł uznania w ocenie składu orzekającego. Izba uznała, że działanie zamawiającego było prawidłowe w tym zakresie, zatem dowody złożone przez odwołującego nie miały znaczenia dla rozpoznania sprawy..

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

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 poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący: