Sygn. akt: KIO 406/20

WYROK

z dnia 10 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2020 r. przez wykonawcę LUKMIR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego LUKMIR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego LUKMIR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Toruniu na rzecz zamawiającego Centralnego Ośrodka Sportu z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego 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: .....

Sygn. akt: KIO 406/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont dachu budynku hali widowiskowo-sportowej Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a" (nr postepowania NZ/P/15/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 października 2019 r. pod numerem 613854-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 lutego 2020 r. wykonawca LUKMIR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na nieprzedłużenie ważności wadium po upływie ważności dotychczasowego wadium w sytuacji gdy upłynął już termin związania ofertą, a Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego zarówno o przedłużenie terminu związania ofertą jak i okresu ważności wadium, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący przedstawił przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym szczegółowo kwestie dotyczące przedłużania terminu związania ofertą i ważności wadium. Wyjaśnił, iż również po upływie terminu związania ofertą i ważności wadium wyrażał i wyraża wolę uczestnictwa w postępowaniu i zawarcia umowy, czemu dał wyraz składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz oświadczenie poręczyciela z 21 stycznia 2020 r. o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium. Wskazał, że dokumenty te zostały opatrzone datami sprzed upływu przedłużonego już jednokrotnie terminu związania ofertą i ważności wadium i jedynie na skutek nieszczęśliwego zbiegu okoliczności nie dotarły do

Zamawiającego przed upływem terminu (Odwołujący na 3 dni przed jego upływem przekazał dokumenty kurierowi). Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł dokonać wyboru jego oferty.

Uzasadniając podniesiony zarzut Odwołujący wskazał, iż Zamawiający może - poza sytuacją uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - zawrzeć umowę o udzielenie zamówienia publicznego z wykonawcą również po upływie terminu związania ofertą. Odwołujący wskazał, iż poza dyspozycją ww. przepisu pozostaje więc sytuacja, w której (jak w przedmiotowym stanie faktycznym) wykonawca zgodził się przedłużyć termin związania ofertą na wniosek Zamawiającego, natomiast nie dokonał takiego przedłużenia po raz kolejny, z własnej inicjatywy, a mimo to komunikuje Zamawiającemu gotowość do zawarcia umowy. Odwołujący szczegółowo omówił orzecznictwo wskazujące na prawidłowość powyższych wniosków, przywołując wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1912/17, KIO 324/17, KIO 805/19, KIO 956/19 oraz wyrok TSUE, sygn. C-35/17. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma w dalszym ciągu możliwość dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a następnie zawarcia umowy z Odwołującym, pomimo niezłożenia przez Odwołującego z własnej inicjatywy (w wymaganym terminie) oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W konsekwencji, uczestnictwo Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest na obecnym etapie uzależnione od istnienia stanu związania Odwołującego ofertą. Upływ terminu związania ofertą i jego nieprzedłużenie na obecnym etapie nie może skutkować dla Odwołującego żadnymi negatywnymi konsekwencjami.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wywiódł, iż Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp., ponieważ nie sposób rozpatrywać obowiązku zabezpieczenia oferty wadium w oderwaniu od konieczności występowania stanu związania Odwołującego ofertą. Wskazał, iż na nierozerwalność okresu związania ofertą i wadium wskazuje wprost przepis art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp. Dodał, iż wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą, a trudno znaleźć jakiekolwiek

funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą - gdy wykonawca przestaje być związany ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium. Odwołujący wskazał wyroki Izby o sygn. akt KIO 27/17 oraz KIO 2370/16. Zdaniem Odwołującego brak zabezpieczenia oferty wadium po upływie terminu związania ofertą, na skutek nieprzedłużenia ważności wadium na okres przypadający po upływie terminu związania ofertą, nie może skutkować dla Odwołującego żadnymi negatywnymi konsekwencjami, w tym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do konstatacji, iż Zamawiający mógłby skutecznie egzekwować zabezpieczenie oferty wadium również w okresie, w którym nie mógłby z tego wadium skorzystać i w którym wadium nie pełni już żadnej funkcji, a więc po upływie terminu związania ofertą. W ocenie Odwołującego również literalna wykładnia treści art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż jego zastosowanie jest możliwe dopiero po bezskutecznym żądaniu wniesienia wadium przez Zamawiającego, dyspozycja tego przepisu aktualizuje się bowiem wyłącznie w sytuacji, gdy Zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie mógł już jednak żądać wniesienia wadium, tj. nie mógł zwrócić się do wykonawcy o jego przedłużenie i tego nie uczynił. Brak zabezpieczenia oferty wadium nie jest więc w przedmiotowym stanie faktycznym wynikiem niezastosowania się do dyspozycji Zamawiającego tj. żądania wniesienia wadium.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż jeżeli brak jest obowiązku utrzymywania stanu związania ofertą, odpada również obowiązek utrzymywania zabezpieczenia oferty wadium. Skoro natomiast brak jest obowiązku utrzymywania zabezpieczenia oferty wadium na danym etapie postępowania, to na tym samym etapie Zamawiający nie może - wobec wygaśnięcia wadium - odrzucić oferty Odwołującego z uwagi na brak wadium, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym oferta Odwołującego może pozostawać niezabezpieczona wadium, natomiast Zamawiający ma możliwość zawarcia umowy z Odwołującym po upływie terminu związania ofertą, w szczególności, iż Odwołujący wyrażał i w dalszym ciągu wyraża wolę zawarcia umowy z Zamawiającym. W przypadku nieprzedłużenia ważności wadium, w okresie w którym oferta już nie wiąże, zamawiający traci wyłącznie instrument nacisku, którym mógłby „zmotywować" wykonawcę do zawarcia umowy. Nie oznacza to jednak, że umowa nie może zostać skutecznie zawarta. Dopiero gdy wykonawca jednoznacznie odmówi zawarcia umowy lub na wezwanie zamawiającego nie podejmie działań zmierzających do jej zawarcia w wyznaczonym terminie zamawiający może dokonać wyboru kolejnej najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 10 marca 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał m.in., iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b, a nie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Podniósł, iż Odwołujący nie przedłużył skutecznie ważności wadium i jest to równoznaczne w skutkach z niewniesieniem wadium. Podkreślił że Odwołujący ponosi wyłączną odpowiedzialność za brak wniesienia wadium, wyjaśnił, że z historii śledzenia przesyłki kurierskiej, która została nadana przez Odwołującego 23 stycznia 2020 r. wynika, iż już w dniu 24 stycznia 2020 r. o godz. 8:29 Odwołujący miał wiedze, że przesyłka zostanie mu zwrócona wskutek podania błędnego adresu Zamawiającego. Jako dowód Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie wydruk historii przesyłki. Odwołujący miał zdaniem Zamawiającego wystarczająco dużo czasu na przedłożenie dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, czego nie uczynił w wymaganym terminie. W odniesieniu do stanowiska Odwołującego w zakresie orzeczenia TSUE w sprawie C-35/17 Zamawiający odwołał się do opinii UZP. Dodał, że art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jeśli Zamawiający dojdzie do wniosku, że jego interesy nie są zabezpieczone, powinien ofertę odrzucić. Podkreślił także, że przedłużenie istniejącego zabezpieczenia lub złożenie nowego musi nastąpić przed upływem ważności dotychczasowego wadium. Powołał się na orzecznictwo Izby, w tym na wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 1556/16, KIO 630/19, KIO 2429/17, KIO/UZP 108/07, KIO 2090/12, KIO 2121/12, KIO 1220/11, KIO 683/13, KIO 1634/17, KIO 709/19, KIO 217/15. Zamawiający wskazał, iż fakt, że Odwołujący w dniu 23 stycznia 2020 r. nadał przesyłką dokumenty dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium potwierdza, iż Odwołujący także przyjmował takie rozumienie przepisów ustawy Pzp jak Zamawiający, a jedynie brak należytej staranności z jego strony doprowadził do braku skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą ważności wadium, co aktualnie próbuje sanować jako prawnie dopuszczalną możliwość. Podniósł, iż Zamawiający nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbań wykonawcy.

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

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący") przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy Freyssinet Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Z kolei jak stanowi ust. 4 zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji Izba może wydać na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga.

Jak wynika z powyższych regulacji, jedną z przesłanek warunkujących skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego jest posiadanie przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, co nie oznacza jednak, że jest ono nieograniczone. W ocenie Izby wykonawca będzie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w sytuacji, kiedy można obiektywnie stwierdzić, że określone orzeczenie Izby będzie miało znaczenie dla danego wykonawcy. Przy czym podkreślenia wymaga fakt, że to na wykonawcy zgłaszającym przystąpienie spoczywa obowiązek wskazania, że interes taki posiada. Jak wskazuje się w orzecznictwie obowiązek taki nie może sprowadzać się do formalnego, lakonicznego stwierdzenia, że interes istnieje. Wskazanie interesu w uzyskaniu określonego rozstrzygnięcia powinno polegać co do zasady na wytłumaczeniu, dlaczego wykonawca upatruje korzyści dla siebie w danym rozstrzygnięciu (tak m.in. wyrok z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt KIO 1944/18).

Izba ustaliła, iż wykonawca Freyssinet Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego uzasadniał okolicznością, że jego oferta była drugą z najkorzystniejszych ofert, a Przystępujący nie znając dalszych losów postępowania podtrzymuje chęć uczestnictwa w postępowaniu. Tymczasem zauważyć należy, że rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego prowadziłoby do konieczności jego oddalenia, co z kolei oznaczałoby, że nie doszłoby do unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego w dniu 20 lutego 2020 r. czynności wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Słusznie wskazywał Odwołujący, iż wykonawca Freyssinet Polska Sp. z o.o. ani żaden inny wykonawca, poza Odwołującym, nie kwestionował powyższej czynności Zamawiającego, co oznacza, że na skutek orzeczenia Izby oddalającego odwołanie (czyli orzeczenia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego wykonawca Freyssinet Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie) wybór oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. stałby się wyborem ostatecznym. W tej sytuacji Izba uznała, iż Odwołujący uprawdopodobnił brak interesu wykonawcy Freyssinet Polska Sp. z o.o. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, wobec czego działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, uwzględniła zgłoszoną opozycję.

Następnie Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego oraz załączonego do niej oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, wezwania z dnia 16 grudnia 2020 r. do przedłużenia

terminu związania ofertą i przedłużenia terminu ważności wadium, oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą i oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium 558/W/2019 z dnia 19 grudnia 2019 r. (data wpływu do Zamawiającego: 23 grudnia 2019 r.), oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 21 stycznia 2020 r. i oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium 20/W/2020 z 21 stycznia 2020 r. (data wpływu do Zamawiającego: 6 lutego 2020 r.), a także zawiadomienia z dnia 20 lutego 2020 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 marca 2020 roku. Izba dopuściła także dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, tj. protokołu przekazania przesyłki firmie kurierskiej z dnia 23 stycznia 2020 r. oraz przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, tj. wydruków historii przesyłki nr 0000010516881J.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ określił wysokość i zasady wniesienia wadium, wskazując m.in., iż wykonawca przystępujący do postępowania jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości: 150 000,00 zł, a także, że wnoszone wadium powinno zabezpieczać złożoną ofertę na cały okres związania ofertą, poczynając od dnia składania ofert.

Zgodnie z Rozdziałem XII SIWZ Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez okres 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 1). Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. (pkt 2)

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym Odwołującego i Przystępujących. Odwołujący do oferty załączył oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium 515/W/2019 z dnia 25 listopada 2019 r.

Zamawiający w dniu 16 grudnia 2019 r. poinformował Odwołującego, iż termin związania ofertą upływa w dniu 26 grudnia 2019 r. i wezwał go do przedłużenia terminu związania oferta wraz z przedłużeniem terminu ważności wadium o kolejne 30 dni. Odwołujący w dniu 23 grudnia 2019 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium 558/W/2019 z dnia 19 grudnia 2019 r.

Dnia 20 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów wskazanych w Rozdziale IX SIWZ do dnia 27 stycznia 2020 r. Odwołujący pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. wystąpił o przesunięcie ww. terminu na złożenie dokumentów do dnia 31 stycznia 2020 r., na co Zamawiający wyraził zgodę. W dniu 31 stycznia 2020 r. Odwołujący złożył żądane dokumenty.

W międzyczasie Odwołujący w dniu 23 stycznia 2020 r. przekazał kurierowi celem doręczenia Zamawiającemu dokumenty w postaci oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium 20/W/2020 z dnia 21 stycznia 2020 r. oraz oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą od dnia 27 stycznia 2020 r. do dnia 26 lutego 2020 r. (datowane na 21 stycznia 2020 r.). W trakcie procesu doręczania korespondencji miał miejsce zwrot przesyłki do nadawcy z adnotacją o błędnym adresie odbiorcy. Dokumenty te zostały ostatecznie doręczone Zamawiającemu w dniu 6 lutego 2020 r.

Zamawiający w dniu 20 lutego 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na przedłużenie ważności wadium po upływie okresu ważności. Zamawiający wskazał, iż oświadczenie w zakresie przedłużenia ważności wadium było skuteczne dopiero z dniem 6 lutego 2020 r., tj. z dniem przekazania dokumentów potwierdzających przedłużenie okresu ważności wadium. Uzasadniając fakt odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2020 r. Odwołujący przedłużył termin związania ofertą i przedłużył ważność wadium do dnia 26 stycznia 2020 r. 20 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do dnia 27 stycznia 2020 r., który to termin został na wniosek Odwołującego przedłużony do 31 stycznia 2020 r. i w tym dniu dokumenty zostały złożone. Natomiast dopiero

6 lutego 2020 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium, które są datowane na 21 stycznia 2020 r. i obejmują okres od 27 stycznia 2020 r. do 26 lutego 2020 r. Zamawiający wskazał, iż wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres związania i przywołał treść art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem jeśli Zamawiający dojdzie do wniosku, że jego interesy nie są dostatecznie zabezpieczone to powinien ofertę odrzucić. Wskazał na utrzymywany w orzecznictwie KIO pogląd, iż dla swojej skuteczności przedłużenie istniejącego zabezpieczenia lub wniesienie nowego musi nastąpić przed upływem ważności dotychczasowego wadium. Istotne przy tym jest nie tylko samo ustanowienie zabezpieczenia, ale także przekazanie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających fakt podtrzymania zabezpieczenia. Na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał na wyroki KIO z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 108/07, z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt KIO 2090/12, KIO 2121/12, z dnia 22 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1220/11, z dnia 8 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 683/13.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanej dnia 20 lutego 2020 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Prawidłowość ww. czynności podlegała badaniu przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 lutego 2020 r., jako że ocenie Izby podlegać mogą tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wskazaną w zawiadomieniu z dnia 20 lutego 2020 r. podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego był zaś brak przedłużenia ważności wadium przez Odwołującego przed upływem ważności dotychczasowego wadium, a dokładniej brak przekazania Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego ustanowienie wadium na dalszy okres przed upływem terminu wskazanego w oświadczeniu poręczyciela, którym Zamawiający dysponował. W konsekwencji zadaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie, w którym kwestionował on czynność odrzucenia własnej oferty, było wykazanie dlaczego czynność ta

jest niezgodna z ustawą Pzp poprzez pryzmat okoliczności wskazanych przez Zamawiającego

w informacji o odrzuceniu oferty.

Tymczasem stwierdzić należy, że wniesione odwołanie obiektywnie do okoliczności tych się nie odnosi. Po pierwsze, odwołanie ograniczone zostało do przywołania szerokiego orzecznictwa dotyczącego terminu związania ofertą, które uznać należy za nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Orzecznictwo to odnosiło się przede wszystkim do oceny możliwości dokonania wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą, w szczególności w kontekście ustalenia czy brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą może stanowić podstawę do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, co nie było przedmiotem zaskarżonej czynności Zamawiającego. Po drugie cała argumentacja przedstawiona w odwołaniu oparta jest wyłącznie na tezie o braku związania Odwołującego złożoną ofertą. Z treści odwołania można wywieść wniosek, że Odwołujący tak naprawdę kwestionuje istnienie po jego stronie stanu związania ofertą, próbując przenieść wynikające z tego skutki na ocenę zaniechania przedłużenia ważności wadium, podczas gdy kwestia związania ofertą, wbrew stanowisku Odwołującego, nie stanowiła podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego. Co istotne, z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika dokonana przez Zamawiającego ocena w zakresie skuteczności przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą po dniu 26 stycznia 2020 r. Zamawiający oparł swoje stanowisko wyłącznie na okoliczności, że do przedłużenia ważności wadium doszło po upływie okresu ważności dotychczasowego wadium, nie odnosząc się w ogóle do kwestii terminu związania ofertą.

Dalej podkreślić należy, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwzględnieniem stanu faktycznego jaki miał miejsce w toku postępowania, a mianowicie okoliczności, iż Odwołujący nie dochował należytej staranności składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz dokument potwierdzający

wniesienie wadium po 26 stycznia 2020 r. Tymczasem do tej okoliczności argumentacja merytoryczna wskazana w odwołaniu w ogóle się nie odnosi. Odwołujący całkowicie pomija kwestię własnych zaniedbań w procesie doręczania korespondencji i konsekwencji z tych zaniedbań wynikających. Izba wskazuje, iż Odwołujący, będąc wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie jest podmiotem profesjonalnym i jako profesjonalista zobowiązany jest działać z należytą starannością. Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń i dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia należy analizować mając na względzie art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), który znajduje zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Oznacza to, że poziom należytej staranności jest w tym przypadku podwyższony, co uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, rzetelności, zapobiegliwości, zdolności przewidywania, jak również znajomości obowiązujących przepisów prawa oraz konsekwencji wynikających z niedochowania należytej staranności podczas wykonywania działalności gospodarczej.

Izba stwierdziła, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w sposób jednoznaczny wskazywał, że zamiarem Odwołującego było złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i dostarczenie dokumentu potwierdzającego przedłużenie ważności wadium przed upływem ważności dotychczasowego wadium (tj. 26 stycznia 2020 r.), czemu dał wyraz nadając przesyłkę już w dniu 23 stycznia 2020 r. Okoliczność, że do tego nie doszło, stanowiła wyłącznie efekt zaniedbań Odwołującego, który nie dochował należytej staranności podczas doręczania korespondencji Zamawiającemu. Złożone przez Zamawiającego dowody w postaci wydruków historii przesyłki wskazują, iż brak doręczenia przesyłki był konsekwencją wskazania błędnego adresu do doręczenia. Ponadto z dowodów tych wynika, iż już następnego dnia po nadaniu przesyłki (tj. 24 stycznia 2020 r.) Odwołujący powziął, a przynajmniej przy dochowaniu należytej staranności mógł powziąć, wiedzę o tym, że nastąpił zwrot przesyłki z uwagi na błędny adres, co czyniło możliwym doręczenie dokumentów Zamawiającemu jeszcze przed upływem terminu ważności dotychczasowego wadium (przed 26 stycznia 2020 r.). Powyższe okoliczności były podnoszone w toku rozprawy przez przeciwników procesowych Odwołującego, a Odwołujący ich nie zanegował. Co prawda w treści odwołania lakonicznie wskazano na „nieszczęśliwy zbieg okoliczności", niemniej złożone przez Zamawiającego na rozprawie dowody nie były przez Odwołującego w ogóle kwestionowane.

W ocenie Izby należyta staranność jaką winien legitymować się profesjonalista wymaga, aby wykonawca, decydując się z własnej inicjatywy na złożenie dokumentów przedłużających termin związania ofertą i ważność wniesionego w postępowaniu wadium, uczynił to w sposób prawidłowy. Ustawodawca nie rozróżnia kwestii przedłużenia ważności wadium w zależności od tego czy nastąpiło ono na wezwanie Zamawiającego czy z inicjatywy wykonawcy. W obu tych przypadkach wadium ma zostać wniesione w sposób prawidłowy, co jest istotne z uwagi na jego funkcję zabezpieczającą i kompensacyjną. Wadium stanowi bowiem ważki instrument służący zabezpieczeniu interesów finansowych Zamawiającego przed nierzetelnością wykonawcy, która może przejawiać się nie tylko w uchylaniu się od zawarcia umowy, ale także w działaniach czy zaniechaniach wpływających na przebieg postępowania określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie, jakoby złożenie dokumentów dotyczących przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium w dniu 6 lutego 2020 r. mogło mieć znaczenie jedynie z perspektywy istnienia po stronie Odwołującego woli zawarcia umowy z Zamawiającym. Słusznie wskazywał Przystępujący, że podnoszona przez Odwołującego argumentacja została skonstruowana wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Stanowisko prezentowane w odwołaniu pozostaje w sprzeczności z czynnościami podejmowanymi przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia - Odwołujący zamierzał przedłużyć termin związania ofertą i ważność wadium i jedynie na skutek własnych zaniedbań nie dokonał ww. czynności w sposób terminowy, nie dochowując należytej staranności. W ocenie Izby czynności Zamawiającego nie można rozpatrywać w oderwaniu od faktycznych działań podjętych przez Odwołującego w postepowaniu o udzielenie zamówienia. To Odwołujący podjął decyzję o przedłużeniu z własnej inicjatywy terminu związania ofertą i ważności wadium, a podejmując taką decyzję powinien był dołożyć należytej staranności i dopełnić tych czynności skutecznie. To właśnie te działania Odwołującego stanowiły podstawę dokonanej przez Zamawiającego oceny wyrażonej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, tymczasem w treści odwołania nie sposób znaleźć jakiegokolwiek odniesienia do kwestii niedochowania należytej staranności. Odwołujący skrupulatnie pominął znaczenie tej okoliczności z perspektywy działań Zamawiającego i domaga się obecnie wyboru jego oferty, pozbawiając jednocześnie Zamawiającego ustawowych narzędzi ochrony jego interesów (zabezpieczenia oferty wadium). W tym stanie rzeczy, zdaniem składu orzekającego, akceptacja argumentacji prezentowanej w odwołaniu

byłaby nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała czynność Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, za prawidłową. Okoliczność, że wadium nie zostało wniesione na okres po 26 stycznia 2020 r. była bezsporna - dokument mający potwierdzać jego wniesienie wpłynął do Zamawiającego dopiero 6 lutego 2020 r. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego, który w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazywał na konieczność złożenia dokumentu potwierdzającego przedłużenie ważności wadium przed upływem terminu ważności wadium wynikającego z dotychczas posiadanych przez Zamawiającego dokumentów. Stanowisko Zamawiającego uznać należy za słuszne, jako że wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmować musi swoim zakresem nie tylko sam fakt ustanowienia wadium, ale także (jeżeli jego wniesienie następuje w formie poręczenia lub gwarancji) złożenie dokumentu potwierdzającego, że wadium zostało faktycznie ustanowione.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż irrelewantna dla dokonanej oceny pozostaje argumentacja Odwołującego w zakresie regulacji kwestii związania ofertą i wniesienia wadium w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r., ponieważ podstawę do oceny czynności Zamawiającego stanowiły przepisy ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. 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 w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty poniesione przez niego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem do kwoty 3600 zł wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: .....