Sygn. akt: KIO 2452/21

WYROK

z dnia 9 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) POLEKO BUDOWNICTWO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Lider Konsorcjum) oraz (2) EG-AUTOMATYKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum) - (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa, Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy API Smart Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) POLEKO BUDOWNICTWO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Lider Konsorcjum) oraz (2) EG-AUTOMATYKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) POLEKO BUDOWNICTWO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Lider Konsorcjum) oraz (2) EG-AUTOMATYKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum)

tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 2452/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Rozbudowa Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego Gdańsk wraz z infrastrukturą techniczną. Numer ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP: 2021/BZP 00065031 w dniu 26 maja 2021 roku. Postępowanie dotyczy zamówienia poniżej progów.

Dnia 16 sierpnia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawa Zamówień

Publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zmianami; dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie

złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) POLEKO BUDOWNICTWO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Lider Konsorcjum) oraz (2) EG-AUTOMATYKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum) - dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego w postaci:

1. wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy API Smart Sp. z o.o.,

2. odrzucenia w dniu 12 sierpnia 2021 roku oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 97 ust. 5 Pzp i art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez

nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Wykonawca w sposób prawidłowy wniósł wadium oraz utrzymywał je w sposób nieprzerwany do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 10 sierpnia 2021 roku;

II. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy AMI Smart

Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, uwzględniając niezasadność odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności oceny oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy API Smart Sp. z o.o.;

b. unieważnienia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego;

c. powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;

d. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz dojazdu na rozprawę wg rachunków, które przedłożone zostaną na rozprawie.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2021 roku udostępnionym za pomocą platformy zakupowej Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy

API Smart Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Zamawiający otrzymał kopię odwołania za pośrednictwem e-mail. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego w przypadku unieważnienia czynności jej odrzucenia znalazłaby się na pierwszym miejscu rankingu ofert. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez

odrzucenie oferty Odwołującego i w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy API Smart, Odwołujący ponosi szkodę, gdyż to jego oferta powinna znaleźć się na pierwszym miejscu rankingu ofert.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w rozdziale XI pkt 9 i 10 poprawionego SWZ zawarł wymagania dotyczące wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia.

Odwołujący wniósł wadium w formie dwóch ubezpieczeniowych gwarancji przetargowych nr 912700552723 dnia 25 czerwca 2021 roku oraz nr 912700550348 z dnia 21 czerwca 2021 roku. Każda z gwarancji w swojej treści zawierała wymagane przez Zamawiającego przesłanki odpowiedzialności określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał na odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, z uwagi na nieprawidłowość zabezpieczenia wadialnego. W ocenie Zamawiającego, na mocy przedstawionych gwarancji brak jest możliwości skutecznego zwrócenia się do Gwaranta z żądaniem wypłaty sumy gwarancyjnej po terminie związania ofertą. Zdaniem Zamawiającego gwarancje wadialne przedstawione przez Odwołującego zawierały klauzulę, że wypłata z gwarancji może nastąpić wyłącznie w razie doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty w okresie ważności gwarancji. Jako że okres ważności gwarancji odpowiadał terminowi związania ofertą (ostatecznie było to 9 września 2021 roku), to tego rodzaju wadium w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, gdyż gdyby okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium ujawniły się w dniu 10 sierpnia 2021 roku tuż przed godziną 24:00, to Zamawiający nie miałby możliwości zwrócić się skutecznie do Gwaranta z żądaniem wypłaty.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zapewne miał na myśli nie tyle 10 sierpnia 2021 roku, co ostatni dzień terminu związania ofertą i ważności gwarancji, tj. 9 września 2021 roku. Na potwierdzenie słuszności decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 roku, V Ga 328/20.

W ocenie Odwołującego twierdzenia Zamawiającego są błędne, a powołany wyrok (jak i poprzedzający go wyrok KIO), wydane w innym, zdezaktualizowanym stanie prawnym (pod rządami poprzedniej ustawy).

Odwołujący podkreślił, że gwarancje wadialne skonstruowane na takiej zasadzie, jak gwarancja Odwołującego, występują powszechnie w obrocie, oferty nie są odrzucane, przechodzą pomyślnie kontrole ex ante Urzędu Zamówień Publicznych czy też kontrole instytucji odpowiedzialnych za wydatkowanie funduszy unijnych.

Z punktu widzenia praktyki problem opisany w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie był i pozostaje problemem całkowicie teoretycznym. Zamawiający nie wskazał ani jednej rzeczywistej sytuacji, w której wystąpiłaby przesłanka powodująca zatrzymanie wadium, a określona w art. 98 ust. 6 Pzp. Ponadto zdaniem Odwołującego polemika z przywołanym przez Zamawiającego wyrokiem jest zbędna, albowiem pod rządami nowej ustawy stan prawny uległ zmianie w sposób znaczący, czego Zamawiający nie dostrzegł.

Termin ważności gwarancji wadialnej obecnie jest ściśle powiązany z okresem, w jakim Wykonawca związany jest ofertą. Wyrazem powyższego jest m.in. przepis art. 97 ust. 5 i 6, art. 220 ust. 5 czy art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Na mocy przepisów nowej ustawy Pzp upływ terminu związania ofertą, stanowi jedną z okoliczności aktualizujących po stronie zamawiającego obowiązek zwrotu wadium. Przepis ten nie miał odpowiednika w ustawie Pzp z 2004 roku. Przepis ten nie ma żadnych wyjątków i dotyczy wszystkich bez wyjątku ofert, w tym również oferty, która została wybrana.

Stosownie do treści art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp: zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności, jedną z takich okoliczności jest upływ terminu związania ofertą.

Ustawa Pzp nie zawiera zastrzeżenia w rodzaju „chyba, że zaktualizowały się przesłanki zatrzymania wadium". W art. 98 ust. 5 ustawa Pzp precyzuje, że zwrot wadium wniesionego w formie dokumentowej następuje poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Oznacza to, że zamawiający z chwilą upływu terminu związania ofertą, czyli per analogiam do wywodu Zamawiającego, już o godzinie 00:01 dnia następnego, ma obowiązek zwolnić wadium. Naturalnie, wobec takiego obowiązku Zamawiającego, Gwarant ma roszczenie o nakazanie złożenia oświadczenia woli o zwolnieniu wadium.

W aktualnym stanie prawnym jakiekolwiek oświadczenie o zatrzymaniu wadium złożone po dniu upływu terminu związania ofertą, jest bezskutecznie z uwagi na zapis art. 98

ust. 1 pkt 1 Pzp i to niezależnie od tego, czy zostało ono wniesione na okres dłuższy (jak w przypadku oferty wygrywającej, która zawiera analogiczny zapis co do obowiązku zgłoszenia żądania zapłaty do Gwaranta w okresie ważności wadium). Widać tutaj ewidentne nierówne traktowanie, bo w takim razie Zamawiający powinien odrzucić również ofertę API Smart, skoro - z uwagi na przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp, również - pomimo dłuższego okresu ważności - nie może zgłosić żądania zapłaty po upływie terminu związania ofertą, bo wadium musi niezwłocznie zwrócić.

W ocenie Odwołującego Zamawiający, powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie mógł uniknąć błędu, gdyby zaznajomił się z brzmieniem nowej ustawy Pzp

bądź posłużył się nowym komentarzem do ustawy autorstwa UZP, czy choćby skorzystał z zawartości modułu SIP Lex.

Doktryna odpowiadając na pytanie: „Czy można zatrzymać wadium (gotówka) w sytuacji gdy zarówno zaktualizował się obowiązek zwrotu, jak i zatrzymania wadium tj: 1. zamawiający dokonał wyboru oferty w terminie związania ofertą, 2. po upływie terminu związania ofertą zamawiający nie zwrócił wykonawcy, który wygrał, jego wadium (tj. nie zwrócił w terminie 7 dni z art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), 3. wykonawca, który wygrał, oświadczył (już po upływie terminu związania ofertą i po upływie 7 dni od tego zdarzenia), że nie podpisze umowy?”

odpowiedziała, że:

„W sytuacji opisanej w pytaniu należy wziąć pod uwagę kolejność czynności. Do wyboru oferty najkorzystniejszej doszło w terminie związania ofertą. Następnie upłynął termin związania ofertą, który zaktualizował obligatoryjna podstawę zwrotu wadium. Dopiero po tym zdarzeniu wykonawca oświadczył, że odmawia podpisania umowy. Fakt, że wbrew obowiązkowi ustawowemu wadium nie zostało zwrócone w terminie nie upoważnia zamawiającego do jego zatrzymania nawet jeśli w późniejszym czasie ziści się podstawa do zatrzymania wadium. Jeśli zatem podstawa do zwrotu wadium nastąpiła wcześniej niż podstawa do jego zatrzymania, zamawiający zwraca wadium.

Uzasadnienie

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej p.z.p., zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 p.z.p. podstawami zatrzymania wadium jest m.in. fakt, że wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także fakt, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Nie oznacza to jednak, że zdarzyć się mogą sytuacje, w których zamawiający będzie jednocześnie zobowiązany do zatrzymania wadium i jego zwrotu. Za decydujący uznać należy moment, w którym określone okoliczności się aktualizują. Jeśli zatem podstawa do zwrotu wadium nastąpiła wcześniej niż podstawa do jego zatrzymania, zamawiający zwraca wadium. Liczy się zatem kolejność czynności (w tym wypadku najpierw zwrot wadium, a następnie ziszczenie się podstawy do zatrzymania)”.

Jak wyjaśnia UZP w Komentarzu zamieszczonym na stronach UZP: „Zawarcie

umowy w sprawie zamówienia publicznego uzasadnia zatem zwrot wadium wszystkim

wykonawcom, łącznie ze zwycięskim wykonawcą (...) Od tej zasady art. 98 ust. 1 Pzp przewiduje dwa odstępstwa. Nawet gdy zamawiający nie zawarł jeszcze umowy, zwraca wadium z urzędu, jeżeli upłynął termin związania ofertą. Wniesienie wadium zabezpiecza ciążący na wykonawcy obowiązek zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być dłuższy niż okres związania wykonawcy ofertą".

UZP stoi zatem na stanowisku, że okoliczności określone w art. 98 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp należy traktować niezależnie i ziszczenie się którejkolwiek z podstaw uzasadniających obligatoryjny zwrot wadium zobowiązuje zamawiającego do dokonania zwrotu.

Jedynie na marginesie Odwołujący wskazał, że ochrona zamawiającego w kontekście

możliwości zatrzymania wadium została w nowej ustawie Pzp osłabiona. Ustawodawca odszedł od zasady wyrażonej w poprzedniej ustawie, czyli zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej wszystkim wykonawcom poza tym, którego oferta została wybrana. Jednocześnie przepisy Pzp nie regulują kwestii wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponieważ przepis odnoszący się do przedłużania terminu związania oferta i wadium rodzi poważne konsekwencje w sferze zobowiązań wykonawcy i ewentualnych sankcji (np. w postaci zatrzymania wadium) - nie powinien być interpretowany rozszerzająco, w związku z tym należy przyjąć, że zamawiający nie może wezwać do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą po wyborze oferty najkorzystniejszej. W tych okolicznościach można zastanawiać się, czy ustawa w sposób dostateczny zabezpiecza interesy zamawiającego. Jednakże ewentualne zmiany w tym zakresie można potraktować jako postulat de lege ferenda, a nie jako podstawę do odmiennej niż jednoznaczna i literalna interpretacji przepisów.

Jak wskazuje się w Komentarzu UZP do art. 98 ustawy Pzp: „Wniesienie wadium zabezpiecza ciążący na wykonawcy obowiązek zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być dłuższy niż okres związania wykonawcy ofertą".

Reasumując, Odwołujący uważa, że w nowym stanie prawnym, zamawiający ma tak planować postępowanie, aby utrzymać niezbędną rezerwę czasową dla ewentualnego zgłoszenia żądania zapłaty. Nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca zmienił stan prawny w taki sposób, że uciął bezpodstawny i nie znajdujący podstaw zwyczaj żądania od wykonawców wnoszenia wadiów na dłuższy okres, jak okres związania ofertą, de facto wyłącznie dla wygody zamawiającego. Każdy dodatkowy dzień, w którym gwarant może oczekiwać zgłoszenia żądania zapłaty, kosztuje wykonawcę konkretne pieniądze i to niezależnie od tego, czy jest to przedłużony okres ważności oferty czy dodatkowy okres po upływie ważności oferty, w którym beneficjent może zgłosić żądanie zapłaty. Dla Gwaranta

nie ma różnicy - im dłużej może zostać skutecznie zgłoszone żądanie zapłaty, tym droższa gwarancja. Podobnie jak w przypadku innych rozwiązań nowej ustawy Pzp, również i tu ustawodawca postanowił nieco zdyscyplinować zamawiających dla szybszego prowadzenia postępowań.

Zdaniem Odwołującego z odpowiednim planowaniem czynności w postępowaniu nie było i nie ma i obecnie żadnego problemu, skoro w praktyce zamówień publicznych termin na dokonanie każdej czynności, której zaniechanie może skutkować zatrzymaniem wadium (np. zaproszenie do zawarcia umowy), zamawiający wyznacza w dacie dziennej oraz wskazując godzinę jej dokonania. Z chwilą bezskutecznego upływu wskazanego terminu, może zatrzymać wadium, co w przypadku wadium oznacza jedynie wysłanie wiadomości e-mail z żądaniem zapłaty wadium. Niezależnie zatem od zmiany stanu prawnego, nie sposób twierdzić, że w odniesieniu do wadium wniesionego przez Odwołującego, stanowi to nadmierne utrudnienie, czy uniemożliwia skorzystanie z wadium.

Odwołujący wniósł wadium w pełni odpowiadające wymaganiom ustawy Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony do kreowania dodatkowych, pozaustawowych wymagań co do dokumentu wadialnego.

Mając na względzie powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego odwołanie jest

uzasadnione.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

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. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niezabezpieczonej wadium, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia

i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca API Smart Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

na Rozbudowę Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego Gdańsk wraz z infrastrukturą techniczną. Wykonanie przedmiotowego zadania - zgodnie z dokumentacją projektową „Projekt budowlany, projekt wykonawczy - Rozbudowa Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego (OKRL) Gdańsk" załączoną do opisu przedmiotu zamówienia. Zadanie finansowane jest ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020, Priorytet III Rozwój sieci drogowej TEN-T i transportu multimedialnego, Działanie 3.1 Rozwój drogowej i lotniczej sieci TEN-T.

Zgodnie z zapisami Rozdziału X Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości: 150 000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100). Wadium należało wnieść w formach przewidzianych w art. 97 ust. 7 ustawy. Wykonawca zobowiązany był wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, za termin wniesienia uznaje się chwilę uznania kwoty na rachunku Zamawiającego. Jeżeli wadium było wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, wykonawca przekazywał Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należało wskazać Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, Warszawa.

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym było, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy. Gwarancja lub poręczenie miało zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Gwarancja lub poręczenie nie powinny zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności gwaranta. Dochodzenie przez Zamawiającego roszczeń z gwarancji lub poręczenia winno być stosunkowo łatwe, a wniesione wadium powinno pozostawać w dyspozycji Zamawiającego przez cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musiały w pełni zabezpieczać interes Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji lub poręczenia i umożliwiać mu w sposób realny możliwość zaspokojenia się z niego w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Zalecano aby gwarancja lub poręczenie zawierało informację o adresie e-mail, na który Zamawiający przekaże gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 98 ust 5 ustawy Pzp.

W przypadku braku możliwości odczytania pliku stanowiącego wadium (wniesionego w formie innej niż pieniądz), z przyczyn technicznych nie leżących po stronie Zamawiającego, spowodowanych przesłaniem pliku np. uszkodzonego, Zamawiający wskazał, że oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przesłanie pliku technicznie sprawnego (nie uszkodzonego).

Z Rozdziału XI SWZ wynikało, że Wykonawca związany jest ofertą do dnia 23.07.2021r. Ostatecznie ustalono termin związania ofertą do 6 sierpnia 2021 roku.

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwróci się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni.

Przedłużenie terminu związania ofertą, wymaga złożenia przez wykonawcę

pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgoda wykonawcy nie może być dorozumiana.

Odwołujący złożył ofertę, której częścią była ubezpieczeniowa gwarancja

przetargowa nr 912700550348, wystawiona dnia 21 czerwca 2021 roku przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., z siedzibą w Warszawie. Gwarancja opiewała na sumę gwarancyjną 75 000,00 zł. Gwarancja obowiązywała do 27 lipca 2021 roku.

W punkcie 2 gwarancji wskazano, że „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji".

Punkt 5 dokumentu stanowił, że „Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności Gwarancji:

1) oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4,

stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta,

2) dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie".

Określono, że wezwanie do zapłaty można przekazać Gwarantowi za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Beneficjenta, bezpośrednio, listem poleconym lub kurierem,

na adres e-mail.

Złożono również aneks nr 1 do Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 912700550348 wystawiony dnia 2 lipca 2021 roku, z terminem ważności do 3 sierpnia 2021 roku oraz aneks nr 2 z dnia 8 lipca 2021 roku z datą obowiązywania do 10 sierpnia 2021 roku.

Częścią oferty była także Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa

Nr 912700552723 wystawiona w dniu 25 czerwca 2021 roku na wniosek Konsorcjum, na kwotę 75 000,00 zł przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., z siedzibą w Warszawie oraz dwa aneksy do niej, przedłużające ważność gwarancji do 10 sierpnia 2021 roku. Gwarancja zawierała tożsame zapisy, jak w przypadku pierwszego z opisanych dokumentów.

5 sierpnia 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, tj. do dnia 09.09.2021 r. Oświadczenie z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należało przesłać do Zamawiającego za pośrednictwem platformy SmartPzp, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 10.08.2021r. Oświadczenie uznane było za skuteczne wraz z przedłożeniem gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej wadium.

Brak odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o czas oznaczony powyżej, potraktowany będzie przez Zamawiającego jako brak zgody Wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą i skutkować będzie odrzuceniem oferty z postępowania o udzielenie w/w zamówienia

zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wyraził zgodę i złożył dwa aneksy nr 3 do przedstawionych z ofertą

gwarancji.

W dniu 12 sierpnia 2021 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy API Smart Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że kilkukrotnie przesuwał termin składania ofert. Ostateczny termin składania ofert upłynął w dniu 12.07.2021 r. Zgodnie z art. 307 ust.1 ustawy termin związania ofertą wynosił 30 dni tj. do dnia 10.08.2021r. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w określonej kwocie. Zamawiający wskazał, na podstawie art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, iż w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji,

wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Natomiast w pkt 10 zastrzeżono, iż: „Gwarancja lub poręczenie muszą w pełni zabezpieczać interes Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji lub poręczenia i umożliwiać mu w sposób realny możliwość zaspokojenia się z niego w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy."

Wykonawca wniósł wadium w formie dwóch gwarancji ubezpieczeniowych wraz z aneksami przedłużającymi ważność gwarancji (każdy konsorcjant odrębnie po 75 000,00 zł) wystawianą przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., których termin ważności został określony do dnia 10.08.2021 r. Zgodnie z pkt 5 ppkt 1 gwarancji wypłata z tytułu gwarancji może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku doręczenia Gwarantowi w terminie ważności (a więc w terminie do 10.08.2021 r., który stanowi termin związania ofertą oryginału do zapłaty stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta.

Dodatkowo Zamawiający w dniu 05.08.2021 r. zwrócił się do Wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą na kolejne 30 dni tj. do dnia 09.09.2021 r. wraz z przedłużeniem wadium. Wykonawca w dniu 09.08.2021 r. w przesłanym piśmie do Zamawiającego wyraził zgodę na przesunięcie terminu związania ofertą oraz przedłużył aneksami ważność wadium w postaci gwarancji do wnioskowanego terminu tj. do dnia 09.09.2021 r.

Pkt 5 ppkt 1) przedłożonych gwarancji stanowi, iż wypłata z tytułu gwarancji może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności gwarancji (a więc w terminie do 09.09.2021 r. który stanowi terminie związania ofertą) oryginału wezwania do zapłaty stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta.

Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności Gwaranta. Celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz Zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń nawet, gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji.

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

Gdyby okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium ujawniły się w dniu 10.08.2021r. tuż przed godz. 24:00, to Zamawiający nie miałby możliwości zwrócić się skutecznie do Gwaranta z żądaniem wypłaty sumy gwarancyjnej. A zatem należy uznać, iż

Wykonawca nie zabezpieczył oferty wadium złożonym w postaci gwarancji ubezpieczeniowej w taki sposób aby Zamawiający mógł z niego skorzystać w przypadku wystąpienia, w terminie związania ofertą przesłanek, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy o zaistnieniu przesłanki dowiedziałby się po dniu upływu związania ofertą/ważności gwarancji. Stanowisko takie znajduje oparcie w Wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 2021-02-05, V Ga 328/20:

"W realiach niniejszej sprawy poza sporem jest, że przedłożona przez skarżących w procedurze przetargowej gwarancja ubezpieczeniowa obowiązywała od: 8.09.2020r. do 7.10.2020r., czyli dokładnie w okresie związania ofertą, który upływał właśnie z dniem 7.10.2020r. Z końcem tego dnia kończył się jednocześnie upływ terminu do zawarcia umowy przez oferenta, który wygrał przetarg. Zatem logicznym jest, że przed początkiem dnia 8.10.2020r. nie mogła ziścić się przesłanka uzasadniająca przepadek wadium na rzecz zamawiającego wskazana w art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP - o ile przed tą datą oferent nie złożyłby wyraźnego oświadczenia woli o odmowie zawarcia umowy. Gdyby natomiast w tej kwestii wyłoniony w przetargu wykonawca milczał, uznanie, że odmówił on zawarcia umowy objętej zamówieniem publicznym mogłoby nastąpić nie wcześniej niż z upływem ostatniego dnia związania ofertą, czyli w tym wypadku - z dniem 7.10.2020r., będącym zarazem ostatnim dniem ważności przedłożonej przez niego gwarancji bankowej. Prowadziłoby to do paradoksalnej sytuacji, w której najwcześniejszą możliwą datą, w której ziściłyby się warunek do zatrzymania przez zamawiającego wadium byłby dzień 8.10.2020r. (do końca dnia 7.10.2020r. zamawiający powinien czekać na złożenie oświadczenia wykonawcy o zawarciu umowy), a jednocześnie udzielona przez tego wykonawcę gwarancja wadialna w tej dacie byłaby już nieważna. W tej sytuacji dywagacje skarżących co do możliwości złożenia skierowanego do ubezpieczyciela (gwaranta) oświadczenia woli o skorzystaniu z gwarancji ubezpieczeniowej przez beneficjenta gwarancji w formie elektronicznej w ostatnim dniu (czy nawet minutach) obowiązywania gwarancji nie mają żadnego znaczenia. Takie oświadczenie

złożone przed końcem dnia 7.10.2020r. byłby bowiem we wskazanej powyżej sytuacji przedwczesne (z mocy art. 111 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, tj. o północy takiego dnia, zważywszy na fakt, że doba liczona jest od północy do północy). To samo zresztą dotyczy wypadku, gdyby przed upływem ostatniego dnia związania wykonawcy ofertą doszło do sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

[■■■]

Ponieważ jak już wyżej wskazano, wygaśnięcie gwarancji wadialnej przed zakończeniem procedury przetargowej jest tożsame z sytuacją niewniesienia wadium, co w niniejszej sprawie miało miejsce, podniesiony przez skarżących zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP jest niezasadny. KIO zatem prawidłowo z tej przyczyny uwzględniła odwołanie uczestnika (...)Spółki Akcyjnej w C. i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badaniami oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanego wyżej przepisu."

W związku z powyższym oferta Zamawiający uważał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, gdyż w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, nie gwarantuje ona Zamawiającemu możliwości skutecznego zatrzymania wadium.

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający powołał się na art. 226 ust.1 pkt 14 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty oraz proporcjonalny.

Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ocenie Izby istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu są również regulacje ujęte w art. 98 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego

wniesienia.

Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, że stosunek prawny gwarancji ubezpieczeniowej nie został przez ustawodawcę uregulowany wprost w sposób oddający jego źródło, elementy istotne, treść i formę. Gwarancja ubezpieczeniowa jako jeden z dopuszczalnych przejawów aktywności ubezpieczycieli została jedynie przewidziana w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2013, poz. 905, ze zm.). Wskazać należy, iż z uwagi na podobieństwo charakteru, celu i znaczenia, konstrukcja prawna gwarancji przedstawia się analogicznie do konstrukcji gwarancji bankowej (art. 81 ustawy Prawo bankowe), a sytuacja ubezpieczyciela jako gwaranta przedstawia się analogicznie do sytuacji banku udzielającego gwarancji. W relacji pomiędzy gwarantem, a zleceniodawcą gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji może nastąpić w ramach ogólnej swobody kontraktowania w rozumieniu art. 353(1) k.c. Z kolei w relacji pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji następuje poprzez złożenie przez ubezpieczyciela jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu uprawnionemu takiej gwarancji. Beneficjent może domagać się spełnienia stosownego świadczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela po złożeniu mu oświadczenia o odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (tzw. pierwsze żądanie). Złożenie żądania zapłaty o odpowiedniej treści i z odpowiednimi dokumentami w przewidzianym w umowie gwarancji czasie od powstania wypadku gwarancyjnego oraz w okresie ważności gwarancji może być jedną z przesłanek powstania odpowiedzialności gwaranta.

W judykaturze wskazuje się, że w umowie gwarancji bank może zastrzec nie tylko określoną treść kierowanego wobec niego żądania wypłaty sumy gwarancyjnej, ale także dodatkowe postanowienia. Takie dodatkowe postanowienia umowy gwarancyjnej mogą służyć pewniejszemu wykazaniu wystąpienia zdarzeń objętych gwarancją oraz identyfikowaniu podmiotu uprawnionego do wypłaty sumy gwarancyjnej. W szczególności

więc w treści umowy gwarancji bankowej mogą się znaleźć szczegółowe postanowienia dotyczące treści i sposobu zgłoszenia gwarantowi żądania, jako niezbędne wymagania powstania skutecznego roszczenia o wypłatę sumy gwarancyjnej. Takie dodatkowe postanowienia, wymagające odpowiedniej aktywności beneficjenta, muszą zostać wykonane dla uruchomienia bezwarunkowego obowiązku świadczenia ze strony banku (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r., sygn. akt II CSK 670/12).

Przechodząc do oceny ważności i skuteczności gwarancji złożonej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić należy, iż zawierała ona postanowienia, zgodnie z którymi by dochodzenie roszczenia przez Zamawiającego (czyli Beneficjenta) było możliwe, konieczne było doręczenie Gwarantowi, w terminie ważności gwarancji:

1) oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu

Beneficjenta,

2) dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie.

Dla Izby nie ulega wątpliwości, że złożony dokument zawierał dodatkowe

zastrzeżenia, odnoszące się do skuteczności domagania się realizacji roszczenia sumy gwarancyjnej w przypadku zaistnienia okoliczności objętych gwarancją. Zastrzeżenia te pokrywały się z terminem ważności gwarancji, który jednocześnie pokrywał się z terminem związania ofertą przez Wykonawcę.

Izba nie polemizuje ze stanowiskiem, że Gwarant może być uprawniony do określenia, w jaki sposób zamawiający ma zgłosić żądanie wypłaty świadczenia. Jednakże w takiej sytuacji konieczna jest ocena, czy zapisy dokumentu gwarancyjnego umożliwiają „nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Gwarancja lub poręczenie nie powinny zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności gwaranta. Dochodzenie przez Zamawiającego roszczeń z gwarancji lub poręczenia winno być stosunkowo łatwe, a wniesione wadium powinno pozostawać w dyspozycji Zamawiającego przez cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musiały w pełni zabezpieczać interes Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji lub poręczenia i umożliwiać mu w sposób realny możliwość zaspokojenia się z niego w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp”, jak stanowiła SWZ przedmiotowego postępowania. Generalnie w ocenie składu orzekającego każdorazowo badać należy, czy dokument wadialny umożliwia zaspokojenie roszczeń Beneficjenta i zabezpiecza jego interesy w ramach funkcji gwarancyjnej wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący błędnie utożsamia i wiąże wadliwość złożonego dokumentu z kwestią upływu terminu składania ofert. Izba nie ma wątpliwości, że gwarancja tworzy zobowiązanie Gwaranta w tym terminie i zwalnia go z odpowiedzialności z upływem tego terminu. Wątpliwości takich nie miał również Zamawiający. Nie to jednak jest podstawą uznania gwarancji za nieprawidłową, którą to ocenę Izba podziela, a czego Odwołujący zdaje się nie zauważać i nie przyjmować do wiadomości. Rozróżnić bowiem należy możliwość zaspokojenia roszczeń, które powstały w momencie terminu związania ofertą i terminu ważności gwarancji od terminu ważności samego dokumentu i formalnych przesłanek związanych ze zwrotem dokumentu. Izba uważa, że zakreślenie terminu zobowiązania Gwaranta na zgłoszenie roszczeń przez Beneficjenta pokrywającego się z terminem ważności samego dokumentu jest nieprawidłowe. Upływ terminu ważności samego dokumentu gwarancji nie powoduje automatycznie, że roszczenie Zamawiającego wygasa. Mogą zdarzyć się sytuacje, w których roszczenie o wypłatę sumy gwarancyjnej powstanie w czasie ważności gwarancji a Zamawiający uprawniony jest zgłosić je później. Wprowadzenie zapisów jak w treści spornej gwarancji prowadzi natomiast do sytuacji, w której Zamawiający pozbawiany zostaje możliwości zaspokojenia ważnych i skutecznych roszczeń, gdzie przesłanki do zatrzymania wadium powstały w okresie ważności gwarancji. Do takich sytuacji odnosi się właśnie wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie przywołany przez Zamawiającego.

Izba podziela także stanowisko, że „nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę szereg formalności, które musi dopełnić

Zamawiający, oczywiste jest, że nie zawsze możliwe będzie zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu zakreślonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. 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 zakreślonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc." (wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 952/20). Zatem gwarancja, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia roszczenia tylko w czasie swojego obowiązywania nie zabezpiecza interesów Zamawiającego.

Słusznie podkreślił w stanowisku procesowym Przystępujący, że zgodnie z obecnym brzmieniem art. 98 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności wskazanych tym przepisem ale kwestia zwolnienia wadium nie oznacza, że Zamawiający nie może dochodzić roszczeń, które powstały w czasie związania Gwaranta odpowiedzialnością. Dodana regulacja prawna nie odnosi się do skuteczności i możliwości dochodzenia przez zamawiającego roszczeń a oznacza jedynie formalny obowiązek zwrotu dokumentu. Zapisy gwarancji przedstawionej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiążą natomiast możliwość dochodzenia roszczeń z ważnością samego dokumentu i w tym zakresie zapisy te nie mogły być uznane za prawidłowe. Na marginesie zauważyć tylko można, że skoro ustawodawca wyznaczył zamawiającemu aż 7 dni na zwrot dokumentu, to tym bardziej przynajmniej w tym terminie powinno być możliwe zgłoszenie roszczenia przez zamawiającego. Co ciekawe także, Gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 30-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in.

złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty ale sam termin na zgłoszenie roszczenia został powiązany z upływem terminu związania ofertą.

Izba w pełni podziela oceną i dostrzeżone różnice w zapisach gwarancji złożonej przez Przystępującego. Dokumenty te różni właśnie wydłużenie terminu i możliwości zgłoszenia roszczenia, nawet jeśli różnica ta wynosi tylko jeden dzień. Jak zauważył sam Odwołujący zgłoszenie roszczenia może nastąpić drogą elektroniczną, a jeden dzień więcej daje Zamawiającemu możliwość przeanalizowania sytuacji procesowej, skompletowania dokumentów i przygotowania ich do złożenia u Gwaranta. Wbrew stanowisku Odwołującego Izba nie uważa, że Zamawiający dokonując czynności w postępowaniu, np. wezwania danego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, musi antycypować jak taki wykonawca się zachowa i co zrobić należy, jeżeli nie zastosuje się do wezwania Zamawiającego. Zgodnie z tezami strony odwołującej nie wiedzieć czemu Zamawiający powinien zakładać złą wolę wykonawcy, podczas gdy raczej winno być odwrotnie, a Zamawiający powinien działać w zaufaniu do wykonawcy, zakładając, że jego celem jest uzyskanie zamówienia.

Niezrozumiałe jest dla składu orzekającego Izby stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie, a dotyczące orzeczenia KIO z dnia 21 grudnia 2020 roku, sygn. akt KIO 3189/20. Odwołujący twierdził, że orzeczenie to zapadło w identycznym stanie faktycznym jak w przedmiotowej sprawie. Tymczasem w przywołanym wyroku Izba nie analizowała przypadku możliwości dochodzenia roszczeń przez zamawiającego po upływie terminu ważności dokumentu gwarancyjnego. Zupełnie zatem inne okoliczności faktyczne były podstawą uznania złożonej wówczas przez wykonawcę gwarancji wadialnej za prawidłową. Natomiast rozważania natury ogólnej, które poczyniła Izba w uzasadnieniu orzeczenia także odnosić należy, do stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia. Nie istnieje bowiem jeden miernik oceny prawidłowości dokumentu gwarancji i ocena ta dokonywana jest ad casum. Abstrahując od tego czy mieliśmy do czynienia z identycznymi stanami faktycznymi, to Izba w przywołanym orzeczeniu również stwierdziła, że wykazać należy, iż gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę zabezpiecza interesy zamawiającego. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie Zamawiający wykazał i uzasadnił, że przedstawiony mu dokument wadialny uniemożliwia skuteczne dochodzenie roszczeń, a tym samym nie zabezpiecza on skutecznie interesów Zamawiającego.

Co do przywołanego w odwołaniu stanowiska wynikającego z komentarza do nowej ustawy Pzp, autorstwa UZP, to zwrócić uwagę należy, iż autorzy komentarza również wskazują, że liczy się kolejność czynności, czy najpierw zachodzą przesłanki warunkujące zwrot wadium, a następnie ziszczenie się podstawy do zatrzymania, czy też może być odwrotnie. Tym samym stanowisko to nie jest sprzeczne ze stanowiskiem Izby wyrażonym

w niniejszym orzeczeniu. Ważne jest, by Zamawiający był uprawniony do dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji, jeżeli okoliczności będące podstawą roszczenia powstały w momencie związania wykonawcy ofertą i ważności dokumentu gwarancyjnego, nawet jeżeli minęła już data ważności dokumentu i po upływie terminu związania ofertą zamawiający musiał zwrócić dokument Gwarantowi. Tymczasem dokument złożony przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego właśnie tej możliwości nie gwarantuje zawierając dodatkową klauzulę, że roszczenie musi być zgłoszone do upływu daty ważności gwarancji. Nie można zapominać, że to wykonawca jest zleceniodawcą (umowa o udzielnie 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.

Końcowo i na marginesie Izba pragnie podkreślić, iż w orzecznictwie sądów powszechnych z dużą starannością analizuje się sytuacje związane z możliwością dochodzenia roszczeń przez zamawiających właśnie w aspekcie końcowej daty ważności gwarancji wadialnej. Przykładem takiego orzeczenia jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2018 roku, sygn. akt I ACa 470/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 maja 2016 roku, sygn. akt II Ca 1448/15.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: