Sygn. akt: KIO 3482/21

WYROK

z dnia 17 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Monika Szymanowska

Członkowie:

Ernest Klauziński

Małgorzata Matecka

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez odwołującego Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Praxima Krakpol Sp. z o. o. w Trzebini i Impel Facility Services Sp. z o. o. we Wrocławiu przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej w Warszawie na rzecz odwołującego Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie kwotę

18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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: .....

Członkowie: .....

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

wyroku z dnia 17 grudnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3482/21

Zamawiający - Polska Agencja Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie czystości i porządku wraz z utrzymaniem terenów zewnętrznych w obiektach PAŻP”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2021 r. pod numerem 2021/S 184-479162, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 29 listopada 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie części 1 postępowania wniósł wykonawca Ever Cleaning Sp. z o. o. ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 ust.1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo faktu, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy. Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż sedno zarzutów koncentruje się na wadliwości decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty podjętej wskutek wniesienia wadium w sposób rzekomo nieprawidłowy (226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.). Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że przedłożona wadialna gwarancja bankowa w sposób niewystarczający zabezpiecza jego interesy, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą, z czym nie sposób się zgodzić. W rozdziale XI pkt 12 SWZ zamawiający napisał, że musi mieć zapewnioną możliwość realnego zaspokojenia się z gwarancji lub poręczenia po upływie terminu związania ofertą, w przypadku, gdy któraś z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy wystąpiła w terminie związania ofertą. Przez realną możliwość zaspokojenia się, zamawiający rozumie możliwość złożenia żądania zapłaty wadium w terminie: - do 2 dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli dopuszczono składanie żądania zapłaty w formie elektronicznej lub - do 7 dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli wymagane jest składanie żądania zapłaty w formie pisemnej.

W postępowaniu pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22.10.2021 r., a termin związania ofertą na dzień 19.01.2022 r. Zamawiający przesunął termin składania ofert, który ostatecznie upłynął 28.10.2021 r., zaś termin związania ofertą upłynąłby w dniu 25.01.2022 r. W ślad za wskazanymi datami kluczowymi dla złożenia oferty i określenia horyzontu czasowego ważności wadium, wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawianej przez mBank Spółka Akcyjna, której termin ważności został

określony na dzień 25.01.2022 r., czyli ostatni dzień terminu związania ofertą.

Odwołujący wskazał dalej, że zdaniem zamawiającego redakcja jego gwarancji sprawiała, że odpowiedzialność gwaranta została realnie ograniczona wbrew wymogom p.z.p., ponieważ zaistnienie przesłanek wypłaty kwoty wadium w końcowym okresie ważności gwarancji uniemożliwiłoby w praktyce realizację gwarancji z uwagi na procedury formalne, które zgodnie z wymogami banku towarzyszyć powinny żądaniu zapłaty. Na umotywowanie swojego stanowiska zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5.02.2021 r., sygn. akt: V Ga 328/20, którego fragmenty miałyby być decydujące dla odrzucenia oferty odwołującego. O ile stan faktyczny niniejszej sprawy wykazuje podobieństwa do stanu faktycznego na gruncie, którego orzekał Sąd Okręgowy w Częstochowie, to jednak nie sposób zgodzić się z założeniem, jakoby wnioski w wybranego przez zamawiającego wyroku sądowego miałyby być uniwersalne dla praktyk podejmowanych przez zamawiających. Przywołane orzeczenie nie stanowi bowiem elementu żadnej miarodajnej i względnie jednolitej linii orzeczniczej, której stosowanie miałoby być ugruntowaną praktyką. Wręcz przeciwnie - wskazany wyrok częstochowskiego Sądu Okręgowego stał się wkrótce po publikacji uzasadnienia przedmiotem licznych polemik w środowisku praktyków rynku zamówień publicznych, a tezy w nim zawarte niejednokrotnie określane były jako kontrowersyjne z uwagi na brak oparcia w przepisach prawa.

W ocenie odwołującego u podstaw działań zamawiającego powinny leżeć przepisy p.z.p., nie zaś wybrane orzeczenie sądu. Zgodnie z art. 97 ust. 5 p.z.p. 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. Jednocześnie, ustęp 7 przywołanego artykułu potwierdza, że wadium może zostać ustanowione w formie gwarancji bankowej. Taka redakcja przepisów jasno określa cezurę czasową dla utrzymywania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą (dalej również jako „TZO"). Okres ważności gwarancji może być dłuższy, ale nie musi. Przywołane przepisy wskazują zatem graniczne daty w których - chcąc zachować możliwość zatrzymania wadium - zamawiający powinien ukończyć postępowanie o wybór wykonawcy. Jeżeli zamawiający o to nie zadba (uwzględniając prawo jednokrotnego wezwania wykonawców do wydłużenia terminu związania ofertą), to na niego przenosi się ryzyko utraty środka motywującego wykonawcę do zawarcia umowy i realizacji zamówienia zgodnie z ofertą.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający dokonał zdaniem odwołującego nieuzasadnionego przeniesienia ww. ryzyka na wykonawcę wymagając od niego zapisów gwarancji, które realnie skutkują wniesieniem wadium na okres dłuższy niż wymagany ustawą. Nowa ustawa p.z.p. dała zamawiającym możliwość określenia dłuższych niż pod rządami p.z.p. z 2004 r. terminów związania ofertą. W tzw. postępowaniach unijnych jest to termin do 90 lub do 120 dni w zależności od przedmiotu zamówienia, niemniej są to terminy graniczne. W ślad za zasadą proporcjonalności, zamawiający nie mają obowiązku wskazywania najdłuższych dopuszczalnych terminów związania ofertą, ale mogą i powinni wybrać terminy adekwatne do specyfiki zamówienia, stopnia skomplikowania postępowania.

Zamawiający określił bardzo odległy termin związania ofertą: od 28.10.2021 r. do 25.01.2022 r. Oznacza to, że zamawiający dał sobie blisko trzy miesiące na zakończenie postępowania, co wydaje się okresem aż nadto wystarczającym, by rozstrzygnąć przetarg. Przy tak skonstruowanym harmonogramie procedury, wymaganie od wykonawców dodatkowo, bez wyraźnej podstawy prawnej, umieszczenia w gwarancjach wadialnych zapisów pozwalających na ich uruchomienie w jeszcze dłuższym niż wymaga p.z.p. horyzoncie czasowym nie zasługuje na ochronę prawną. Mówiąc wprost - to zamawiający powinien prowadzić postępowanie na tyle sprawnie, by we wskazanym czasie (TZO) zdążyć wybrać wykonawcę, zaproponować mu zawarcie umowy, a w obliczu odmowy zatrzymać wadium. Po upływie TZO procedura toczyć może się dalej, niemniej jednak, ryzyka związane z odmową zawarcia umowy przechodzą wówczas na zamawiającego. Logika taka w pełni odpowiada kierunkowi zmian, które w omawianym zakresie przyniosła ustawa p.z.p. z 2019 r. (jednokrotne wydłużenie TZO, dopuszczalność wyboru oferty, której termin związania minął, brak zawieszenia biegu TZO w przypadku odwołania). Ograniczanie wskazanych ryzyk poprzez dodatkowe, nieznajdujące oparcia w ustawie, wymogi co do wadium, jest niedopuszczalne.

Odwołujący oczywiście dostrzega różnicę między utrzymywaniem wadium w okresie TZO, a zapisami gwarancji uprawniającymi zamawiającego do późniejszego zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji z tytułu zdarzeń, które miały miejsce jeszcze w okresie terminu związania ofertą. Tyle tylko, że różnica między tymi sytuacjami jest czysto teoretyczna. Praktyka rynkowa zamawiających i wystawców gwarancji de facto zrównuje te dwa scenariusze. Zamawiający (w tym PAŻP w niniejszym postępowaniu), wymagają bowiem każdorazowo bezwarunkowości gwarancji. W konsekwencji, wystawca gwarancji nie jest tym samym uprawniony do badania zasadności zgłoszonego przez zamawiającego żądania. Bank bądź ubezpieczyciel, w oderwaniu od tego czy żądanie zamawiającego jest

uzasadnione, musi uczynić mu zadość. W ślad za tym, bank nie dysponuje możliwością weryfikacji czy zdarzenie uzasadniające wypłatę z gwarancji istotnie miało miejsce jeszcze

w terminie związania ofertą, czy po tej dacie. Decydujący dla obowiązku wypłaty jest

wyłącznie moment zgłoszenia żądania przez zamawiającego. Może się więc zdarzyć sytuacja, w której zamawiający będzie domagać się realizacji gwarancji pomimo faktu, że odmowa zawarcia umowy przez wykonawcę nastąpiła po upływie TZO, a pomimo tego bank będzie musiał zastosować się do takiego żądania. Tym samym, w praktyce zabezpieczenie wadium funkcjonować będzie w okresie wykraczającym wbrew Pzp poza termin związania ofertą, co jest nieakceptowalne. Co ważne, sami wystawcy gwarancji dostrzegają takie skutki przywołanego scenariusza wystawiając gwarancje w okresie ważności dłuższym o kilka dni niż TZO (tak też w przedmiotowym postępowaniu). Posłużenie się zatem przy próbie zagwarantowania sobie przez zamawiającego wydłużonego czasu na możliwość zatrzymania wadium retoryką związaną wyłącznie z dodatkowym terminem na zgłoszenie żądania wypłaty z gwarancji kreuje wyłącznie pewną fikcję prawną. Od strony praktycznej bowiem zamawiający wymaga utrzymywania wadium w okresie dłuższym niż dopuszcza p.z.p. W tych okolicznościach odrzucenie oferty odwołującego nie miało prawa mieć miejsca.

Odwołujący dodał, że tezy podniesione w przytoczonym przez zamawiającego wyroku sądu nie są spójne z linią orzeczniczą znaną dotychczas. Krajowa Izba Odwoławcza stawała niejednokrotnie w opozycji do dopuszczalności uzależnienia skuteczności wniesienia wadium od zapisów pozwalających egzekwować wypłaty z gwarancji po terminie jej ważności - przykładowo wyrok z dnia 21.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3189/20.

Ponadto, według odwołującego należy zwrócić uwagę na termin realizacji zamówienia, zgodnie z którym przedmiot zamówienia będzie wykonywany w okresie 48 miesięcy od daty podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 01.01.2022 r. Założeniem zamawiającego jest więc zakończenie postępowania i zawarcie umowy jeszcze w 2021 r. i wejście w życie jej postanowień od początku kolejnego roku. Tymczasem termin związania ofertą i data graniczna ważności wadium przypada na 25.01.2022 r. Zatem ryzyko związane z ewentualnym brakiem możliwości realizacji gwarancji wadialnej było skrajnie niskie z uwagi na planowany przez zamawiającego przebieg postepowania i przewidywaną datę jego zakończenia, w której do końca ważności gwarancji pozostałoby jeszcze kilka tygodni. Przyjęcie w tych okolicznościach, że oferta odwołującego zasługiwała na odrzucenie byłoby triumfem skrajnego formalizmu proceduralnego nad celem nadrzędnym, tj. wyborem oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Konkludując, wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy i w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Praxima Krakpol Sp. z o. o. w Trzebini i Impel Facility Services Sp. z o. o. we Wrocławiu (dalej zwanego „przystępującym") zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym

w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych

ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego o konieczności odrzucenia odwołania, które w jego ocenie jest spóźnione, ponieważ dotyczy kwestionowania treści dokumentacji zamówienia, którą należało zaskarżyć w terminie dziesięciu dni od daty zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego (art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p.). W ocenie składu orzekającego odwołanie dotyczy stricte czynności zamawiającego polegającej na ocenie gwarancji bankowej odwołującego i uznania jej, w dniu 17 listopada 2021 r. za wadliwą, co

spowodowało zaskarżone odwołaniem odrzucenie oferty tego wykonawcy, więc środek zaskarżenia, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p., został wniesiony we właściwym terminie. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Na podstawie materiału procesowego skład orzekający ustalił, że:

1. w dokumentacji postępowania, w rozdziale XI SWZ zamawiający wskazał:

„11. Gwarancja lub poręczenie muszą w pełni zabezpieczać interes Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji lub poręczenia.

12. Zamawiający musi mieć zapewnioną możliwość realnego zaspokojenia się z gwarancji lub poręczenia po upływie terminu związania ofertą, w przypadku, gdy któraś z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy wystąpiła w terminie związania ofertą. Przez realną możliwość zaspokojenia się, Zamawiający rozumie możliwość złożenia żądania zapłaty wadium w terminie:
a) do 2 dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli dopuszczono

składanie żądania zapłaty w formie elektronicznej lub

b) do 7 dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli wymagane jest składanie żądania zapłaty w formie pisemnej”,

2. odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję bankową z dnia 26.10.2021 r. nr

MT02398KTG21, ważną do dnia 25.01.2021 r. (określony przez zamawiającego w SWZ termin związania ofertą),

3. zawiadomieniem z dnia 17.11.2021 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w części 1 postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p. zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w rzeczonej informacji.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była ocena czy decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy była właściwa. Skład orzekający dokonał oceny stanu rzeczy ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, co skutkowało nakazaniem jednostce zamawiającej unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że zamawiający jest gospodarzem postępowania i ustawa p.z.p. przyznaje mu pewną swobodę w kształtowaniu warunków dokumentacji zamówienia. Zamawiający ma prawo do żądania wadium i decydując się na skorzystanie z tego uprawnienia zobowiązany jest określić wymagania dotyczące wysokości i terminu wniesienia wadium, zaś w odniesieniu do wadium wnoszonego w pieniądzu wskazać rachunek bankowy, na który należy je wpłacić przelewem, a co do wadium wnoszonego w innej formie - wymagania w zakresie niezbędnej treści i formy dokumentu ustanawiającego zabezpieczenie wadialne. Niemniej, swoboda zamawiającego jest ograniczona powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że każda treść SWZ, która nie została zaskarżona przez wykonawców jest bezwzględnie wiążąca.

Zamawiający podnosił, że na obecnym etapie może dokonać oceny gwarancji wadialnej jedynie poprzez porównanie jej treści do brzmienia rozdziału XI SWZ. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, ponieważ czym innym jest proste przyrównanie treści oferty do treści warunków zamówienia (weryfikacja zajścia dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), a czym innym badanie czy doszło do skutecznego i ważnego zabezpieczenia oferty wadium (art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.). Wadium zostało uregulowane przez ustawodawcę i treść SWZ sprzeczna z ustawą będzie bezwzględnie nieważna, co jest badane przez Izbę z urzędu - por. wyrok Sądu Najwyższego z 03.11.2010 r. o sygn. akt V CSK 142/10, gdzie wskazano, że „ W nauce prawa podkreśla się, że jedną z cech nieważności czynności

prawnej jest to, iż nieważność tę sąd uwzględnia z urzędu, biorąc pod uwagę stan faktyczny przedstawiony przez strony. Stanowisko takie przyjmowane jest też w orzecznictwie, gdyż uwzględnienie nieważności czynności prawnej jest stosowaniem prawa materialnego, czyli wykonywaniem przez sąd konstytucyjnej funkcji wymiaru sprawiedliwości". Zatem w ocenie składu orzekającego nieważna treść dokumentacji postępowania nie będzie mogła powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, czyli brak jest możliwości odrzucenia oferty na kanwie nieważnych postanowień SWZ.

Skład rozpoznający spór co do zasady dopuszcza możliwość ukształtowania wymagań formalnych, technicznych dotyczących zabezpieczenia wadialnego. Izba ze zrozumieniem podchodzi do problemu utrudnienia zaspokojenia się z gwarancji lub poręczenia, kiedy dojdzie do zaistnienia zdarzenia skutkującego koniecznością wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium w ostatnim dniu upływu terminu związania z ofertą, w szczególności, gdy gwarant ustala taki sposób na przekazanie mu żądania zapłaty, że istnieje poważna wątpliwość czy gwarancja zapewnia zamawiającemu realną możliwość zaspokojenia swoich roszczeń. Rozwiązując ten problem jednostka zamawiająca powinna ukształtować dokumentację postępowania w taki sposób, aby ostatniego dnia mogła skutecznie wystąpić z żądaniem zapłaty, a granicą ukształtowania SWZ są powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w tym zasady naczelne p.z.p.

Zamawiający próbował rozwiązać omawiany problem wprowadzając do dokumentacji postępowania pkt 11 i 12 rozdziału XI SWZ, których nie uwzględniono w gwarancji bankowej odwołującego. Treść SWZ wymagała zawarcia w gwarancji lub poręczeniu, iż zamawiający będzie miał możliwość złożenia żądania zapłaty wadium w terminie: a) do dwóch dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli dopuszczono składania żądania w formie elektronicznej lub b) do siedmiu dni roboczych po upływie terminu związania ofertą, jeżeli dopuszczono żądanie zapłaty w formie pisemnej, oczywiście o ile okoliczności z art. 98 ust. 6 p.z.p. wystąpią w terminie związania ofertą. W ocenie Izby treść ta jest nieważna na podstawie art. 58 k.c. i zarazem narusza zasady naczelne ustawy p.z.p. uregulowane w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., więc nie może skutkować odrzuceniem oferty odwołującego z powodu nieprawidłowego wadium.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 p.z.p. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 p.z.p. (sytuacje, kiedy wadium zwraca się wykonawcy). Celem ustanowienia wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego przed niesolidnym postępowaniem wykonawcy (art. 98 ust. 6 p.z.p.) w okresie, gdy pozostaje on związany złożoną ofertą. Natomiast dokumentacja postępowania de facto wymuszała złożenie gwarancji wadialnej z dłuższym terminem niż termin związania ofertą o dwa lub siedem dni roboczych (jak zrobił przystępujący i zalecał w SWZ zamawiający), co stanowi czynność prawną mającą na celu obejście ustawy (in fraudem legis), zawierającą pozór zgodności z ustawą. Treść SWZ nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutek, który wywołuje narusza nakaz utrzymania wadium wyłącznie do dnia upływu terminu związania ofertą. Innymi słowy, art. 97 ust. 5 p.z.p. określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą, zamawiający zaś wywołał skutek prawnie zakazany w postaci konieczności zabezpieczenia oferty wadium ponad ten termin. Zatem konsekwencje prawne wynikające z omawianej treści SWZ powodują, że została ona uznana przez Izbę za wypełniającą hipotezę art. 58 k.c., ponieważ wywołuje skutek sprzeczny z art. 97 ust. 5 p.z.p. (wymusza zabezpieczenia wadium ponad termin związania ofertą) i takiemu zachowaniu nie można udzielić ochrony prawnej.

Treść dokumentacji postępowania także różnicuje sytuację wykonawców

w zależności od rodzaju wniesionego wadium, tj. wykonawca, który korzysta z możliwości wniesienia wadium w pieniądzu otrzyma niezwłoczny jego zwrot po upływie terminu związania ofertą (nie później niż do siedmiu dni), zaś wykonawca, który zdecyduje się na

wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej jeszcze dodatkowo przez dwa lub siedem dni roboczych po upływie terminu związania ofertą ma przedłużoną możliwość złożenia żądania zapłaty wadium. Taka sytuacja powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 p.z.p.). Gwarancja bankowa powinna zapewniać zbliżony stopień

ochrony jak pieniądze dostępne na rachunku bankowym zamawiającego, a nie powodować dłuższą możliwość złożenia żądania zapłaty niż wadium wniesione w pieniądzu.

Działanie zamawiającego było także nieproporcjonalne do problemu, który chciał rozwiązać i narusza art. 16 pkt 3 p.z.p. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie „Wśród zasad udzielania zamówień publicznych dyrektywa 2014/24/UE wymienia również zasadę proporcjonalności, nakładając na zamawiających obowiązek działania w sposób proporcjonalny. Koncepcja działań proporcjonalnych w zamówieniach publicznych pojawia

się od lat w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, zwłaszcza w zakresie ustalania i stosowania kryteriów kwalifikacji i wyboru oferty. (...) Zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzanego środka (instrumentu, regulacji, działania): 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? 2) Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków? (...)" (tak A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Warszawa 2016, art. 18, LEX).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba zauważa, że dwa dni robocze na złożenie żądania zapłaty w formie elektronicznej i siedem dni roboczych na złożenia żądania zapłaty w formie pisemnej po upływie terminu związania ofertą jest nieproporcjonalne do zapewnienia sobie przez zamawiającego możliwości realnego zaspokojenia się z gwarancji lub poręczenia, czyli wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia przez zamawiającego jego celu. Wystarczające byłoby właściwe uregulowanie sposobu dostarczenia żądania zapłaty gwarantowi lub poręczycielowi, czyli narzucenie w SWZ takiego sposobu, by istniała rzeczywista możliwość wniesienia skutecznego żądania zapłaty w terminie związania ofertą (w szczególności w ostatnim jego dniu) - przykładowo wprowadzając obowiązek przyjęcia żądania zapłaty nadanego pocztą lub wprowadzonego do systemu teleinformatycznego w terminie związania ofertą.

Nie można też pominąć, że to jednak zamawiający kieruje przebiegiem postępowania i powinien mieć na uwadze konieczność dokonania wszystkich niezbędnych czynności w terminie związania ofertą, a nie przerzucać na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy - art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c. i art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., spowodowały nieprawidłowy wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty odwołującego, która wadliwie została przez zamawiającego odrzucona z postępowania.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego - zasądzone na podstawie przedłożonej faktury VAT, zmniejszone do limitu z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....