Sygn. akt KIO 3617/21

WYROK

z dnia 28 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Marzena Ordysińska
Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę

Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa - Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w którego imieniu działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „POLBUD - - POMORZE" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łącku oraz COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Palędziu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Strabag Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Generalnej

   Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. 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: .....

Sygn. akt: KIO 3617/21

Zamawiający - Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w którego imieniu działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę węzła Sianów Zachód

w ramach inwestycji pn. Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa na S6 wraz z odcinkiem S11 od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód od km 6+400" na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 164-430123. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „POLBUD-POMORZE" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwanych dalej „Konsorcjum" lub „Przystępującym") i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że nie złożyło wadium w części wniesionej przez POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. w sposób prawidłowy i realnie zabezpieczający interes Zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, w konsekwencji czego oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona,

2. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 16.4 „Instrukcji dla wykonawców" („IDW") oferta powinna być zabezpieczona wadium, którego wymaganą wartość określono na kwotę 190.000,00 zł. Zamawiający określił minimalny okres, w którym oferent powinien być związany ofertą na 3 lutego 2022 r. Konsorcjum wniosło wadium w ten sposób, że obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli

wadium odrębnie - COLAS Polska Sp. z o.o. w kwocie 38.000 zł z datą ważności do 1

marca 2022 r.,

a POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. w kwocie 152.000 zł z datą ważności do 3 lutego 2022 r., w formie gwarancji ubezpieczeniowej z 6 października 2021 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. jako gwaranta. W zakresie ważności wadium i możliwości wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium dokument ten stanowi, że „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 07.10.2021 r. do dnia 03.02.2022 r. włącznie (okres

ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji".

W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie wniosło wadium w części wniesionej przez POLBUD--POMORZE Sp. z o.o. w sposób prawidłowy, tj. zapewniający realne zabezpieczenie zapłaty roszczeń Zamawiającego objętych gwarancją wadialną. Wadium to zachowuje swą ważność jedynie do dnia związania ofertą określonego w dacie 3 lutego 2022 r. i wprost wyklucza możliwość zgłoszenia roszczeń przez Zamawiającego po upływie tego terminu, nawet jeśli

w ostatnim dniu związania ofertą powstanie zdarzenie uzasadniające wystąpienie do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. W przypadku zatem ziszczenia się przesłanki do wystąpienia żądania zapłaty wadium w okresie ważności gwarancji, Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń. Istotne jest przy tym, że zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium lub wystąpienie do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium może wystąpić również

w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku oczywiste jest, że nie zawsze może być możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu zakreślonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Należy zatem stwierdzić, że gwarancja Konsorcjum mająca zabezpieczyć roszczenia Zamawiającego wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego oraz zawiera postanowienia w istocie skracające okres ważności gwarancji poniżej okresu związania ofertą. Taka gwarancja nie spełnia wymogu przedłożenia wadium na okres związania ofertą, a jednocześnie w porównaniu do wadium wniesionego w formie pieniężnej w sposób istotny ogranicza prawa Zamawiającego. Wszyscy pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu uwzględnili powyższe okoliczności i ich gwarancje wadialne są odpowiednio dłuższe. Również Colas Polska Sp. z o.o. miał świadomość, w jaki sposób powinien prawidłowo wnieść wadium oznaczając jego ważność do 1 marca 2022 r.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca: nie wniósł wadium, wniósł je w sposób nieprawidłowy, 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 Prawo zamówień

publicznych.

W doktrynie i orzecznictwie Izby wskazuje się na dwie podstawowe funkcje wadium: z jednej strony stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, z drugiej strony rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą oraz zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Szczegółowe regulacje w tym zakresie określające, kiedy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami lub wystąpi do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium określa art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. gdy: 1) 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; 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana. W związku z rolą, jaką odgrywa, wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto, w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego, dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej

i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dokument gwarancyjny nie powinien jednakże zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli. Jeżeli z treści gwarancji wynika, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje, przyjąć należy, że tak wniesione wadium nie

spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. Celem

wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dochodzenie

przez zamawiającego roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej powinno być stosunkowo

łatwe, a zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinno pozostawać w

dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą. Zabezpieczająca funkcja wadium określona

w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych determinuje zatem, iż zabezpieczenie to musi być realne, a nie tylko hipotetyczne. Zamawiający musi mieć zatem w praktyce realną możliwość zaspokojenia się z przedmiotu wadium, przy czym zabezpieczenie potencjalnych interesów zamawiającego przed niesumiennym postępowaniem wykonawców

musi istnieć

w całym okresie, kiedy pozostają oni związani złożonymi przez siebie ofertami. Jakiekolwiek zawężanie w gwarancji odpowiedzialności gwaranta jest niedopuszczalne, gdyż wpływa na ocenę skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego.

Analiza treści kwestionowanej gwarancji ubezpieczeniowej nie zabezpiecza w pełni interesu

Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji, co skutkuje brakiem możliwości

stwierdzenia, iż wadium wniesione przez Konsorcjum zostało wniesione w sposób

prawidłowy. Data upływu terminu związania ofertą Konsorcjum została określona równocześnie jako termin ważności gwarancji (od 7 października 2021 r. do 3 lutego 2022 r.). W tym terminie, tj. do 3 lutego 2022 r. do gwaranta powinny zostać zgłoszone wszelkie roszczenia wynikające

z gwarancji: „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 07.10.2021 r. do dnia 03.02.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji". Treść gwarancji obliguje Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. 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. Wadium w postaci gwarancji, 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. Wadium powinno zabezpieczać interes Zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający powinien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione. Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji winno wynikać w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium. Natomiast wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Konsorcjum polega na

ewidentnym ograniczeniu -

w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu - możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą).

Nie ma znaczenia okoliczność, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia nie określił szczegółowych wymagań co do treści wadium składanego w formie gwarancji. Takie uszczegółowienie wymagań nie jest bowiem niezbędne, bowiem ustawodawca na równi postawił formy wadium określone w art. 97 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych mimo występujących między nimi różnic dotyczących np. terminu uzyskania wadium przez zamawiającego. Kluczowe jest bowiem to, aby zamawiający w sytuacji zaistnienia podstawy

do zatrzymania wadium mógł realnie zrealizować swoje prawo w tym zakresie w całym okresie ważności wadium niezależnie od formy, w jakiej jest ono wnoszone. W analogicznej sprawie Izba wydała wyrok KIO 2486/20, a jej stanowisko zostało podtrzymane przez Sąd Okręgowy w Częstochowie, który w wyroku sygn. akt V Ga 328/20 oddalił skargę wniesioną na rozstrzygnięcie Izby. Sąd podzielił stanowisko Izby potwierdzając, że nie sposób uznać, iż wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej z terminem ważności wyznaczonym maksymalnie do dnia związania ofertą było wniesione w sposób prawidłowy i realnie zabezpieczający interes Zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustanowione.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że postanowieniem punktu 16.4 „Instrukcji dla wykonawców" ustalił, iż oferta powinna być zabezpieczona wadium w wysokości 190.000,00 zł (pkt 18.1 IDW). Termin związania ofertą został określony na dzień 3 lutego 2022 r.

Z przedłożonej przez POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej z 6 października 2021 r., wynika, że gwarant - Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu kwoty w wysokości 152.000,00 zł po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ważność gwarancji została ustalona na okres od 7 października 2021 r. do 3 lutego 2022 r. włącznie. Wszelkie roszczenia odnośnie gwarancji gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji. Żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Art. 97 ustawy Prawo zamówień publicznych reguluje kwestie związane z wnoszeniem wadium. Stan faktyczny sprawy oraz treść art. 97 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie potwierdzają, że prezentowane przez Odwołującego stanowisko, oparte na powołanym wyroku KIO 2486/20 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie sygn. akt

V Ga 328/20, jest sprzeczne z literalnym brzmieniem przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Prawo

zamówień publicznych, zgodnie z którym wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków w przepisie tym wymienionych, które określają przypadki wcześniejszego zwrotu wadium przed upływem terminu związania ofertą. Nie można twierdzić, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy na okres krótszy niż termin związania ofertą, skoro z dokumentów postępowania jednoznacznie wynika, że oba terminy są tożsame.

Nie można twierdzić, że złożone wadium nie zapewnia realnego zabezpieczenia zapłaty roszczeń Zamawiającego objętych gwarancją, że przedłożony dokument gwarancyjny zawiera klauzule ograniczające w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta, że Zamawiający nie ma realnej możliwości zaspokojenia się z przedmiotu wadium do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione, skoro gwarant zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu kwoty objętej gwarancją, po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna. Treść przedłożonej gwarancji jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający ma realną możliwość zaspokojenia się z przedmiotu wadium do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione.

Treść przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza o prawidłowości wniesionego wadium. Dodatkowo, umowy w sprawie zamówienia publicznego są zawierane przez Zamawiającego z co najmniej kilkudniowym wyprzedzeniem przed upływem terminu związania ofertą, w godzinach urzędowania Zamawiającego, do 16:15. Niemniej nawet przy przyjęciu, że wybrany wykonawca zostałby zaproszony do podpisania umowy w ostatnim dniu związania ofertą, Zamawiający będzie miał możliwość skutecznego złożenia żądania wypłaty wadium i wadium to otrzyma, biorąc pod uwagę bezwarunkowy charakter gwarancji oraz przewidzianą w gwarancji możliwość złożenia żądania w formie

elektronicznej. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż dla skutecznego złożenia żądania wypłaty wadium musi upłynąć termin związania ofertą, skoro nieprzystąpienie przez wykonawcę do zawarcia umowy

w uzgodnionym przez strony terminie będzie traktowane jako odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo

zamówień publicznych lub zostanie stwierdzone, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana (art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Uchylaniem się od zawarcia umowy będzie nie tylko odmowa podpisania umowy, która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po jego stronie uniemożliwiające zawarcie umowy. Przykładami uchylania się od zawarcia umowy będą: 1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy, 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem,

3) nieprzedłożenie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy, 4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż zaszły przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „POLBUD-POMORZE" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania oraz przeprowadzenie wskazanych dowodów.

Zdaniem Przystępującego złożone wadium realnie zabezpiecza roszczenia Zamawiającego i jest zgodne z wymogami określonymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a stanowisko Odwołującego jest całkowicie niezasadne. Odwołujący nie powołuje ani żadnych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, ani przepisów prawa, które wskazywałyby na faktyczną niezgodność z nimi wadium. Odwołujący nie powołał przepisu, który nie tyle określa skutki złożenia nieprawidłowego wadium (odrzucenie oferty), co wymogi tego wadium, które rzekomo nie zostały spełnione przez dokument złożony przez Przystępującego. Orzeczenia, na które powołuje się Odwołujący, wydane zostały w poprzednim stanie prawnym, na gruncie przepisów ustawy z 2004 roku. Odwołujący opiera swoje stanowisko na hipotezie zbudowanej na założeniach sprzecznych z praktyką i wymogami skutecznego dochodzenia roszczenia z gwarancji, nie tylko bowiem zakłada, że

Zamawiający dopiero ostatniego dnia ważności wadium zdiagnozuje zasadność jego

zatrzymania, ale również, że nie będzie

w stanie skutecznie dochodzić w takim przypadku swojego roszczenia, mimo że wymogi formalne skorzystania z gwarancji są minimalne.

Wymogi związane z wadium Zamawiający określił w punkcie 18. specyfikacji warunków zamówienia „Wymagania dotyczące wadium". W punkcie 18.3 Zamawiający wskazał, że, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Jednocześnie Zamawiający określił termin związania ofertą od dnia złożenia (7 października 2021 r.) do 3 lutego 2022 r. Wykonawcy składający ofertę winni byli zatem złożyć wadium, które: (i) obejmować będzie odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych; (ii) zawierać będzie w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego; (iii) zawierać będzie w swojej treści klauzulę, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane zostaną jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa (jako możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu wadium w sposób nieutrudniony).

Przystępujący, przedkładając kwestionowane wadium, wypełnił wszystkie - jasno określone

postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia - wymogi postawione przez Zamawiającego. Gwarancja przedłożona przez Przystępującego obejmuje cały okres

związania ofertą (wskazany konkretnymi datami kalendarzowymi przez Zamawiającego),

a także wszystkie przypadki utraty wadium określone w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Ponadto zawiera nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty kwoty, na jaką opiewa wadium, o ile tylko ziszczą się wskazane

przesłanki. Przewiduje również klauzule dotyczące rozstrzygania sporów.

Już zatem na tej podstawie przyjąć należy, że argumentacja Odwołującego jest pozbawiona podstaw, bowiem skupia się na bliżej nieokreślonych wymogach, które nie zostały wyrażone przez Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania. Tym samym nie sposób zaakceptować teorii, jakoby wadium Przystępującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Wadium zostało wniesione w terminie, w jednej z form przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a także zabezpiecza Zamawiającego przez cały okres związania ofertą (zgodnie z przepisami prawa i specyfikacji warunków zamówienia). Nie istnieją więc żadne okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenie, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego. Przyznanie racji Odwołującemu oznaczałoby bowiem, że zastosowanie się przez wykonawcę do wymogów postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia skutkuje odrzuceniem oferty, co zakwalifikować należałoby do działań nieuprawnionych i niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadniałoby również konieczność zastosowania się przez wykonawców do wymogów specyfikacji warunków zamówienia, które nie zostały wprost wyartykułowane w jej treści, co jest sprzeczne z obowiązkiem literalnego wykładania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczność uzyskania gwarancji z terminem ważności dłuższym niż termin związania ofertą wiązałaby się, przy braku znajomości uwarunkowań,

w tym organizacyjnych danego zamawiającego, z koniecznością samodzielnego przyjęcia przez poszczególnych wykonawców (zgadywania), jaki termin jest dla konkretnego zamawiającego wystarczający na wystąpienie do gwaranta z żądaniem, co narażałoby wykonawców na ponoszenie dodatkowych i różnych kosztów związanych z dłuższym terminem ważności gwarancji, niezależnie od konsekwencji w postaci odrzucenia z tego względu, że termin ważności gwarancji byłby np. o 2, a nie o 3 dni dłuższy niż termin związania ofertą.

To zadaniem Zamawiającego jest przygotowanie dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i kompleksowy. Zamawiający powinien więc (jeśli miałby takie intencje) wprost wskazać dodatkowe wymogi dotyczące wadium, w tym ewentualnie, o ile tego oczekiwał, takie, zgodnie z którymi wykonawcy zostaliby zobligowani do przedłożenia wadium, w którym wprost zawarto by wyraźne postanowienie o możliwości skutecznego dochodzenia należności z wadium także np. w terminie 3 dni od wygaśnięcia jego ważności. Brak jest przeszkód w tym, aby zamawiający stawiał dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenia roszczenia z wypłaty wadium

i nie naruszą zasady równego traktowania wykonawców. Skoro jednak Zamawiający nie wskazał w specyfikacji warunków zamówienia postanowień, które nakładałyby na wykonawców obowiązek przedstawienia wadium, którego okres ważności miałby być dłuższy od terminu związania ofertą (bądź też nie zobowiązał wykonawców do złożenia gwarancji, w której wprost wskazano na możliwość dochodzenia zapłaty stosownej kwoty po upływie terminu ważności wadium, to Przystępujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji, tego, że Zamawiający nie wyraził wprost i w sposób literalny swoich intencji.

W orzeczeniu w sprawie C-35/15 TSUE wprost wskazał, że taka sytuacja nie może prowadzić do ujemnych konsekwencji po stronie wykonawcy: „zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów". Jak podkreślił Trybunał, warunki, których nie spełnienie ma skutkować np. odrzuceniem oferty, powinny wynikać jasno z przepisów prawa lub treści specyfikacji warunków zamówienia, nie mogą być natomiast wypadkową wykładni tych przepisów dokonywanej przez sądy. Na tej podstawie, przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia, nie można przyjąć, że przedłożona przez Przystępującego gwarancja jest nieprawidłowa.

Regulacje wadium w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych dają zamawiającemu więcej swobody co do samego żądania wadium. Nawet gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego jako prawidłowe, brak sformułowania w specyfikacji warunków zamówienia postanowień, które literalnie dopuszczają możliwość dochodzenia roszczeń z wadium także po upływie jego ważności, postrzegać należy jako odstąpienie od tego typu regulacji.

Ustawodawca, w celu wykluczenia nadmiernego i niepotrzebnego eliminowania ofert

wykonawców z uwagi na drobne błędy dotyczące terminu ważności wadium, zobowiązał obecnie zamawiających do jednoznacznego określenia terminu ważności gwarancji. Art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odmiennie od dotychczasowego stanu literalnie i w sposób jednoznaczny określa obligatoryjny okres ważności dokumentu wadium: „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". W żadnym z przepisów prawa, przy tak jasnej deklaracji co do terminu, nie pojawia się natomiast kwestia wydłużenia tego terminu, aby dać zamawiającemu możliwość skutecznego skorzystania z zabezpieczenia. Wskazany przepis nie funkcjonował na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku. Dodatkowo, aktualnie obowiązująca ustawa Pzp wymaga, aby Zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu, wskazał konkretną datę (art. 220 ust. 2), co daje pewność w zakresie okresu związania ofertą oraz odnośnie okresu, na jaki musi być ustanowione wadium (w tym postępowaniu do 3 lutego 2022 r.). Wprowadzonym przepisem ustawodawca jednoznacznie rozstrzygnął, iż wnoszone wadium winno utrzymywać swoją ważność do dnia terminu związania ofertą, a nie - jak oczekiwałby tego Odwołujący - ponad ten termin. O ile zamawiający rzeczywiście uznają, że chcieliby mieć absolutną pewność co do możliwości dochodzenia swoich roszczeń także po upływie ważności wadium, powinni w specyfikacji warunków zamówienia wskazać, że dokument wadium ma także takie okoliczności przewidywać. Rozwiązanie takie rozwiewa wszelkie wątpliwości w tym zakresie i powoduje równość wszystkich wykonawców (jednakowy termin dla wszystkich oferentów). Zamawiający nie tylko takich postanowień nie zawarł, ale również stoi na stanowisku, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, skoro wybrał ofertę Przystępującego i nie uwzględnił odwołania.

Poza przywołaniem kilku orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i jednego (kontrowersyjnego) orzeczenia sądu okręgowego, zapadłych w „starym" stanie prawnym, Odwołujący przedstawia wyłącznie subiektywną tezę o rzekomym skróceniu okresu gwarancji poniżej okresu związania ofertą. Teza ta jednak nie znajduje poparcia. Zamawiający każdorazowo bada treść dokumentów stanowiących wadium i samodzielnie dokonuje oceny, czy przedłożone wadium dostatecznie zabezpiecza interes zamawiającego w postępowaniu, a także, czy jest zgodne

z wymogami. Skoro więc Zamawiający w tym postępowaniu ocenił treść gwarancji Przystępującego i doszedł do wniosku, iż jej postanowienia odpowiednio zabezpieczają jego roszczenia (i pozostają w zgodzie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia), to nie sposób zaakceptować ogólnego i czysto hipotetycznego stanowiska Odwołującego, który doszukuje się nieprawidłowości wadium. Zamawiający winien procedować postępowanie w taki sposób, aby wszystkie czynności (w tym wybór oferty najkorzystniejszej oraz podpisanie umowy z wykonawcą) dokonane zostały w terminie związania ofertą, co w rezultacie uniemożliwia utratę możliwości zaspokojenia roszczeń z wadium. O ile natomiast taki termin ważności wadium zbliża się ku końcowi, a zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty, odpowiednie przepisy przewidują jego prawo wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 1 grudnia 2021 r., a zatem ponad 2 miesiące przed upływem terminu związania ofertą i upływem terminu ważności wadium.

W treści gwarancji gwarant wskazał, iż żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego, żądanie zapłaty powinno zostać przesłane na adres poczty elektronicznej gwaranta. Ramy czasowe ważności wadium uzależnione zostały od terminu związania ofertą, który upływa 3 lutego 2022 r. Zgodnie z treścią art. 111 ust. 1 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Upływ ostatniego dnia oznacza upływ ostatniej minuty ostatniej godziny tego dnia. Oznacza to, że uprawniony do reprezentacji przedstawiciel Zamawiającego może, za pośrednictwem poczty elektronicznej, do końca 3 lutego 2022 r. do godz. 23:59 złożyć roszczenie o wypłatę kwoty wadium, co niewątpliwie wpisuje się w cel wadium i potwierdza zabezpieczenie oferty wadium na cały okres jej związania. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, co pozwala mu na takie wyznaczanie terminów na dokonanie stosownych czynności przez wykonawcę, aby możliwe było skuteczne dochodzenie swoich praw w przypadku, w którym ziści się podstawa zatrzymania wadium. Gdyby zatem Zamawiający zdecydował się na wyznaczenie terminu zawarcia umowy na ostatni dzień związania ofertą, to ustalenie terminu w godzinach pracy Zamawiającego w pełni umożliwi Zamawiającemu zgłoszenie gwarantowi żądania

w przypadku uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy.

Wadium, którego ważność upływa wraz z terminem związania ofertą, jest dokumentem

prawidłowym i nie skraca w żaden sposób terminu, w jakim zamawiający może dochodzić

swoich roszczeń.

Odwołujący powoływał się na argumentację podniesioną w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie sygn. V Ga 328/20 oraz w wyroku KIO 2486/20. Odmienne stanowiska wyrażono w wyrokach KIO 3362/21 i KIO 3482/21.

Wadium przedłożone przez Przystępującego w pełni odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego w SWZ, jest zgodne z przepisami prawa i w rezultacie zabezpiecza

interesy Zamawiającego w zgodzie z celem, w jakim zostało ustanowione.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma

interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, dzień upływu terminu związania ofertą i treść kwestionowanej gwarancji ubezpieczeniowej Przystępującego nie są sporne między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo że Przystępujący nie złożył wadium w części wniesionej przez POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. w sposób prawidłowy i realnie

zabezpieczający interes Zamawiającego przez cały okres, na jaki wadium zostało ustanowione, w konsekwencji czego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona,

2. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy. Powołane przepisy stanowią:

Art. 16 pkt 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 17 ust. 2: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 226 ust. 1 pkt 14: 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.

Art. 239 ust. 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 253 ust. 1: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo

imiona

i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z powyżej przywołanej treści przepisów, regulacje art. 239 ust. 1 i art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przystają do wskazanego w odwołaniu stanu faktycznego i zarzutów, których dotyczy odwołanie. Czynności Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu bowiem w ogóle nie odnoszą się do oceny ofert lub oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert, jak też samego obowiązku informacyjnego związanego z punktowym rankingiem ofert, wyborem oferty najkorzystniejszej czy odrzuceniem ofert. Przy czym ów obowiązek informacyjny dotyczy ofert, które zostały, zgodnie z decyzją zamawiającego, odrzucone. W związku z powyższym przepisy te w przywołanym

w odwołaniu zakresie w ogóle nie mogły zostać naruszone.

W rozdziale 18. specyfikacji warunków zamówienia - IDW Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania dotyczące wadium: wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 190.000,00 PLN. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zależności od wyboru wykonawcy. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim

i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba że wynika to z przepisów prawa. Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zwróci wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Zaleca się, aby poręczenie lub gwarancja wskazywały adres mailowy, na jaki Zamawiający winien składać oświadczenie o zwolnieniu wadium. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W punkcie 20.1 IDW, po zmianie specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający wskazał, że wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 3 lutego 2022 r.

Przystępujący wniósł wadium w dwóch częściach, tj. wadium wnieśli odrębnie COLAS Polska Sp. z o.o. - w kwocie 38.000 zł z datą ważności do 1 marca 2022 r. oraz POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. w kwocie 152.000 zł, z datą ważności do 3 lutego 2022 r.

Zakwestionowane

w odwołaniu zostało jedynie wadium wniesione przez POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej z 6 października 2021 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A.

Zgodnie z treścią tej gwarancji jej wystawca „podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty w wysokości 152.000,00 zł po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11

września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...) Wszelkie spory dotyczące gwarancji podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczpospolitej Polskiej i podlegają kompetencji sądu właściwego dla siedziby Zamawiającego. Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 07.10.2021 r. do dnia 03.02.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji. Żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego. W takim przypadku żądanie zapłaty powinno zostać złożone na następujący adres poczty elektronicznej Gwaranta .".

Zarzuty odwołania dotyczą postanowienia gwarancji: „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 07.10.2021 r. do dnia 03.02.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji."

Kwestia wnoszenia wadium w tym zakresie została uregulowana w art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis 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." Jak wynika z treści art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulują one zwrot wadium przez zamawiającego, nie są to więc sytuacje mające zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym.

Z kolei, zgodnie z rozdziałem 18. punkt 18.3 IDW, „jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium takie musi obejmować cały okres związania ofertą."

Jak więc wynika wprost z przepisów art. 97 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym jej ustępu 5., oraz z rozdziału 18. specyfikacji warunków zamówienia - IDW, w szczególności punktu 18.3, ani ustawodawca, ani Zamawiający nie zawarli żadnych innych regulacji dotyczących terminu obowiązywania gwarancji wadialnej niż jedynie wskazanie, że ma on obejmować cały okres związania ofertą. W gwarancji złożonej przez Przystępującego wymóg ten został spełniony.

Aby zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, musiałaby zajść sytuacja, w której wykonawca wniósłby wadium w sposób nieprawidłowy. Aby zaś stwierdzić ową nieprawidłowość, należy wpierw ustalić, z czego owa nieprawidłowość wynika. W tym przypadku musiałaby wynikać z przepisów prawa lub specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków zamówienia jednoznacznie, że wystarczający jest dla niego termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

Oczywiste jest, że dla zamawiającego „bezpieczniejsza" jest sytuacja, o której mowa w przywołanych przez Odwołującego wyrokach, a w której ma on dodatkowy czas, ponad termin związania ofertą, na dochodzenie roszczeń. Natomiast ważąc dobra podlegające ochronie w postaci możliwości dłuższego zgłaszania roszczeń po stronie zamawiającego (zatem jego bezpieczeństwa finansowego) oraz bezpieczeństwa obrotu - dotyczącego nie tylko wykonawców, których oferty mogą zostać odrzucone, ale i samych zamawiających, którzy stają przed dylematem, czy mają obowiązek ofertę odrzucić ze względu na wady wadium, należy stwierdzić, że dobrem podlegającym w tym wypadku ochronie powinno być bezpieczeństwo obrotu. Wykonawcy nie mogą być bowiem zaskakiwani po złożeniu ofert oczekiwaniami co do dokumentu wadium, które nie zostały wyrażone a priori ani w specyfikacji warunków zamówienia, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, ani w przepisach regulujących poszczególne instytucje np. w przepisach Kodeksu cywilnego, prawa bankowego czy prawa ubezpieczeniowego, ani nawet w jednoznacznych poglądach orzecznictwa czy jednolitej praktyce - i to w sytuacji, gdy przedmiotowego dokumentu nie można ani poprawić, ani uzupełnić. Tym bardziej w sytuacji, w której dany zamawiający nie uregulował konkretnych kwestii z zakresu wadium w specyfikacji warunków zamówienia zabezpieczając w ten sposób swoje interesy w sposób szerszy lub bardziej odpowiedni, która to sytuacja również nie zasługuje na poddawanie szczególnej ochronie, wyższej niż wynikająca z założeń ustawowych. Należy w takim wypadku założyć, że istniejące regulacje są dla zamawiającego satysfakcjonujące. A tym samym znów trudno zarzucać wykonawcy wniesienie wadium

w sposób nieprawidłowy, tj. nienależycie zabezpieczający interesy zamawiającego, których nie zabezpieczył sam zainteresowany.

W orzecznictwie, a za nim i w piśmiennictwie, wielokrotnie wskazywano na zasadę ochrony wykonawcy przez postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, tzn. jeśli wykonawca postąpił zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, nie może to być poczytywane na jego niekorzyść, nawet jeśli postanowienia te zawierały pewne wady lub luki. Wynika to wprost z realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości postępowania, które wymagają, aby zamawiający wszystkie istotne dla siebie wymagania, które mają spełnić wykonawcy, opisał a priori w ogłoszeniu

o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, a następnie się tych wymagań trzymał.

W tym miejscu można się również powołać na postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. C-35/17, w którym Trybunał wskazał, że zasadę równego traktowania

1 obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Oprócz wyrażonej przez Trybunał zasady ogólnej, powtarzanej wcześniej w wielu orzeczeniach, należy podkreślić, że sytuacja rozważana w tym postanowieniu odpowiadała niniejszej o tyle, że w ustawodawstwie oraz specyfikacji warunków zamówienia brak było konkretnych uregulowań, natomiast w orzecznictwie istniały dwa odmienne poglądy (w tym przypadku akurat co do skutku upływu terminu związania ofertą dla dalszych losów oferty). Trybunał więc wyraźnie wskazał, że w takiej sytuacji pierwszeństwo ma bezpieczeństwo sytuacji wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uznała, że wadium nie zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a tym samym oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji - nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt i 1 art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust.

2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych

strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Zamawiający wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 20.000 złotych oraz

koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....