Sygn. akt: KIO 3628/21

WYROK

z dnia 3 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Aneta Mlącka, Marzena Ordysińska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

   2.2 zasądza od wykonawcy: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Zarządu Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 3628/21

Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie (dalej „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Utrzymanie, konserwacja i bieżące naprawy instalacji oraz urządzeń oświetlenia dróg, ulic, parków, placów, skwerów, mostów, estakad, tuneli, przejść podziemnych oraz iluminacji wybranych obiektów Gminy Miejskiej Kraków", numer sprawy: 5/II/2021, zwane dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2021 r. pod numerem: 2021/S 046-115681.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „ZUE" lub „przystępujący") oraz zaniechaniu odrzucenia oferty ZUE oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.J. Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny „POWER", (2) Reklamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (3) ZBT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Konsorcjum POWER").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE i Konsorcjum POWER, pomimo iż wykonawcy ci wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż z załączonej do ich oferty gwarancji bankowej wynika, że pozostawała ona ważna w okresie od dnia 8 kwietnia 2021 r. do dnia 6 lipca 2021 r., który to okres był równy terminowi związania ofertą, zastrzegając jednocześnie, że wypłata z tytułu gwarancji mogła nastąpić wyłącznie w razie doręczenia Gwarantowi w terminie ważności gwarancji pisemnego żądania zapłaty, zaś gwarancje wygasały automatycznie i całkowicie w przypadku upływu ostatniego dnia jej ważności, co nie wpływało na żądania gwarancji doręczone Gwarantowi w okresie ważności gwarancji, a takie ukształtowanie treści umowy gwarancji zawęża zakres czasowy

odpowiedzialności gwarancji, ograniczając możliwość realizacji przez zamawiającego uprawnienia do zatrzymania wadium w przypadku, gdy zdarzenie skutkujące zatrzymaniem wadium wystąpiłoby w ostatnim dniu terminu związania ofertą, co świadczy o nieprawidłowości gwarancji;

2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZUE do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu potwierdzającego, że ZUE był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w zakresie wymaganym w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), w dacie złożenia oferty w sytuacji, gdy z przedstawionego przez ZUE na wezwanie zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnienie ww. warunku, tj. Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Ogólnej Nr 1029587445 wynika jednoznacznie, że potwierdza ona zakres ubezpieczenia dopiero od dnia 13 kwietnia 2021 r., co wprost wskazuje, że ZUE nie był ubezpieczony na warunkach określonych w ww. polisie w okresie od złożenia oferty (8 kwietnia 2021 r.) do dnia 12 kwietnia 2021, podczas gdy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby każdy wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały okres od złożenia oferty aż do jej wyboru, a więc również w dacie złożenia oferty w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty wykonawcy ZUE i oferty złożonej przez Konsorcjum POWER; a także zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na posiedzeniu lub rozprawie.

Uzasadniając zarzuty dotyczące nieprawidłowego złożenia wadium odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia wadium. Mając jednak na uwadze treść odesłania zapisanego w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp należy przyjąć za obowiązującą definicję wadium określoną w art. 70^4 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 121 ze zm.); dalej: „k.c."; por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt I CSK 448/10. Zgodnie z tym przepisem, wadium stanowi wpłacana organizatorowi przetargu określona suma lub ustanawiane odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które pod rygorem niedopuszczenia do przetargu uczestnik przetargu ma obowiązek wnieść. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że wadium w przetargu pełni zasadnicze funkcje: zabezpieczającą (stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy) oraz kompensacyjną (wadium stanowi de facto zryczałtowane odszkodowanie na wypadek nie dojścia do celu procedury przetargowej (tak K. Kopaczyńska - Pieniak, komentarz do art. 704 k.c., A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX 2016). Ponadto wadium stanowi warunek udziału w postępowaniu (warunek formalny uczestnictwa) - jest przesłanką związania organizatora wobec tego uczestnika ogłoszeniem i warunkami przetargu - zaś w razie niewniesienia wadium organizator nie może dopuścić uczestnika do aukcji lub przetargu - może bez negatywnych konsekwencji prawnych nie reagować na dokonane przez niego czynności (tak prof. dr hab. P. Machnikowski, komentarz do art. 704 k.c., E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2016).

Odwołujący przypomniał, iż na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych wadium pełni funkcję analogiczną - służy ono zabezpieczeniu oferty, a w konsekwencji zabezpieczeniu zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Jego celem jest m.in. łatwe wyciąganie konsekwencji wobec wykonawcy naruszającego obowiązki określone w ustawie, czego skutkiem jest zatrzymanie wadium. Podstawową funkcją wadium jest możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanki wskazanej w treści dokumentu wadialnego, wynikającej z przepisów Prawa zamówień publicznych (tak E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 97). Wadium stanowi również warunek formalny udziału w postępowaniu - w przypadku jego żądania, niewniesienie wadium do upływu terminu związania ofertą oraz na przedłużony termin związania skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 126 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Funkcja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest nawet szersza, niż w przetargu lub aukcji prowadzonych na podstawie przepisów k.c. Zabezpiecza ono bowiem także prawidłowy tok postępowania o udzielenie zamówienia i przeciwdziała tzw. zmowom przetargowym - zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium w przypadku gdy wykonawca nie zrealizuje określonych obowiązków ustawowych. Ustawodawca pozostawił do decyzji wykonawcy wybór, w jakiej formie (spośród form wymienionych w ustawie Pzp) wniesie wadium w danym postępowaniu. Uzasadnieniem dla takiej swobody jest założenie, że każda z takich form winna w równym stopniu zabezpieczać interesy zamawiającego. Wszystkie prawnie dopuszczalne formy wniesienia i ustanowienia wadium muszą zatem stanowić dla zamawiającego takie samo zabezpieczenie, jak zabezpieczenie wniesione w pieniądzu (muszą stanowić surogat pieniądza). Niezależnie od formy, w jakiej zostanie w danym przypadku wniesione wadium, poziom zabezpieczenia interesu zamawiającego mierzonego jako szybkość i pewność zaspokojenia się z wadium powinien być tożsamy. W orzecznictwie słusznie bowiem się przyjmuje, że wadium, niezależnie od formy, w której je złożono, powinno w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce, co dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej (por. m.in. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 1 lipca 2016 r. sygn. akr XII Ga 312/16, podobnie w uzasadnieniu wyroku tego sądu z dnia 27 lutego 2019 r. sygn. akt XII Ga 555/18 oraz w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r. sygn. akt KIO 1974/20). Powyższe uzasadnia powszechnie przyjmowaną w orzecznictwie tezę, iż wadium wnoszone w innej formie, niż pieniądz, musi odpowiadać wysokim wymaganiom - nie tylko co do wysokości i czasu jego wniesienia (przed terminem składania ofert), ale również co do pełnego zabezpieczenia interesu zamawiającego - wadium nie wniesione przed terminem składania ofert, w wysokości niższej niż wymagana, w formie nieprzewidzianej przez ustawę, a także niezabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach jego przepadku (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp) lub niezgodne z zasadami regulującymi wystawianie gwarancji bankowej winno być zakwalifikowane jako brak wniesienia wadium, będąc przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13).

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych utrwalone jest stanowisko, zgodnie z którym wadium wnoszone w formie innej, niż pieniężna, musi obejmować cały okres związania ofertą, w którym to okresie musi całkowicie zabezpieczać interes zamawiającego (tak np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt I CSK 448/11, wyroku KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 532/15, KIO 534/15; wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 604/15, wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 października 2005 r. sygn. IV Ca 468/05).

Wadium takie musi zatem dawać zamawiającemu pewność zaspokojenia w przypadku, gdy w jakimkolwiek momencie aż do upływu okresu związania ofertą zajdzie okoliczność skutkująca zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy Pzp. Jakiekolwiek ograniczenie ww. możliwości zaspokojenia musi skutkować uznaniem wadium za nieprawidłowe i w konsekwencji winno prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie punktem odniesienia dla oceny, czy gwarancja wadialna obejmuje cały wymagany prawem okres, jest termin związania ofertą. W tym bowiem okresie (przez cały ten okres) gwarancja musi realizować funkcję zabezpieczającą - zamawiający musi mieć zapewnioną możliwość zaspokojenia się z sumy gwarancyjnej w związku ze zdarzeniem określonym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp nawet wówczas, gdyby takie zdarzenie miało miejsce w ostatnim dniu lub nawet ostatniej godzinie okresu związania ofertą. Stąd też wskazuje się w piśmiennictwie, że „termin gwarancji przetargowej powinien być związany z terminem wyznaczonym do wyboru oferty i podpisania umowy. Powinien przekraczać go o okres niezbędny do wezwania gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej" (tak B. Andrzejuk, I. Heropolitańska, Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, Część I, Rozdział 8, pkt 5.1.3.8, Lex 2016). Tego warunku, załączona do oferty ZUE gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń

Europa S.A. nie spełnia. Jak bowiem wynika z jej treści, pozostaje ona ważna od 8 kwietnia 2021 r. do 6 lipca 2021 r. i tylko pisemne wezwanie do zapłaty doręczone Gwarantowi w okresie jej ważności będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji. Po upływie okresu ważności zobowiązanie Gwaranta automatycznie wygasa, zaś złożenie po tym czasie żądania zapłaty będzie nieskuteczne. Przywołany automatyzm utraty ważności przez gwarancję w wymienionych przypadkach w powiązaniu z wymogiem doręczenia Gwarantowi pisemnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji powoduje, że zamawiający, chcąc zaspokoić swe roszczenia z sumy gwarancyjnej, musiałby doręczyć wezwanie do zapłaty Gwarantowi (Gwarant musiałby je fizycznie otrzymać w formie pisemnej na adres siedziby Gwaranta najpóźniej przed dniem 6 lipca 2021 r., a tym samym przed upływem terminu związania ofertą). Z chwilą bowiem zaistnienia ww. zdarzenia wadium wygaśnie, a wszelkie roszczenia zamawiającego wobec Gwaranta staną się bezskuteczne i tym samym nie będą mogły być skutecznie dochodzone (o ile nie zostały zgłoszone wcześniej).

Analogicznie została ukształtowana gwarancja złożona Konsorcjum POWER. Jedyna różnica w jej treści dotyczy możliwości zgłoszenia żądania zapłaty drogą elektroniczną (nie zaś pisemną), co w żaden sposób nie zmienia tego, że przyjęty w jej treści okres ważności równy terminowi związania ofertą, w którym to terminie żądanie zapłaty musiałoby zostać doręczone Gwarantowi - jest zbyt krótki, aby można było mówić o dostatecznym zabezpieczeniu interesu zamawiającego.

Powyższe oznacza, że w przypadku obu ww. gwarancji zamawiający nie ma zapewnionej pełnej możliwości doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty powstałego w związku ze zdarzeniem, które zaistniałoby w ostatnich godzinach dnia, w którym upływa termin związania ofertą. Jest nierealistyczne, aby miał on zapewnioną możliwość zareagowania na sytuację mającą miejsce późnym wieczorem, uzyskać podpisy właściwych reprezentantów zamawiającego, dołączyć do żądania zapłaty dokumenty potwierdzające umocowanie ww. osób i fizycznie doręczyć ją Gwarantowi (1) w przypadku ZUE w formie pisemnej na wskazany w dokumencie gwarancyjnym adres siedziby jeszcze przed upływem terminu związania ofertą (w tym przypadku przed godz. 24.00 dnia 6 lipca 2021 r.), lub (2) w przypadku Konsorcjum POWER - drogą elektroniczną. Nawet przy przyjęciu tak nieprawdopodobnego założenia, rzeczywisty okres ochrony interesu zamawiającego realizowanej przez wadium wniesione przez ZUE oraz Konsorcjum POWER zostałby ograniczony w stosunku do okresu wymaganego prawem (tj. całego terminu związania ofertą, aż do ostatniej jego minuty).

Tymczasem jak trafnie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 532/15; KIO 534/15 „w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawność wniesienia wadium na dzień składania ofert oznacza, że wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i musi ono zabezpieczać interesy zamawiającego przez cały okres związania ofertą, a nie tylko na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej. Przeciwne wnioski nie dałyby się pogodzić również z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) prowadziłyby bowiem do relatywnej oceny sprostania obowiązkom przez wykonawców w tym przedmiocie i usankcjonowania sytuacji, w której analogicznie traktowani

byliby wykonawcy, którzy wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert i w sposób prawidłowy zabezpieczyli ofertę, jak i ci, którzy tego obowiązku nie udźwignęli na tym etapie postępowania, ale później jemu zadośćuczynili". Ponadto, jak podniesiono w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1988/13: „jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjąć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą".

Biorąc pod uwagę, iż oferta ZUE i oferta Konsorcjum POWER już od momentu jej złożenia nie była zabezpieczona wadium w całym okresie związania (zamawiający pozbawiony był pełnego zabezpieczenia swego interesu w ostatnim dniu związania ofertą, tj. w dniu 7 lipca 2021 r.), oferty te winny zostać odrzucone stosownie do postanowienia art. 126 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że analogiczne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w podobnych do niniejszego stanach faktycznych (wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2486/20; wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 952/20). Stanowisko powyższe potwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie wydając w dniu 5 lutego 2021 r. wyrok w sprawie o sygn. akt V Ga 328/20.

Odwołujący stwierdził, że w całości podziela twierdzenia wyrażone we wszystkich ww. orzeczeniach i przyjmuje je jak własne, wskazując jednocześnie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym przedstawiona przez ZUE i Konsorcjum POWER gwarancja wadialna nie zapewnia czasu niezbędnego na jej realne wykorzystanie. Powtórzył także, za Sądem Okręgowym w Warszawie, że „ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Służy on wszakże określonym celom. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. Odnosi się to również do złożenia w poszczególnych formach wadium, w tym gwarancji bankowej. W ocenie sądu okręgowego nie można przedkładać ratio legis ustawy nad formalną i merytoryczną poprawnością wystawianego wadium. Nie miałaby bowiem wówczas żadnego znaczenia prawidłowość złożonych dokumentów w sytuacji, gdy zamawiający uznałby ofertę za najkorzystniejszą. Powyższe prowadziłoby zatem do niedających się zaakceptować wniosków z punktu widzenia zasady legalizmu. Zasada ta znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 7 ust. 3 pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W związku z tym aby uznać, że oferta została wybrana w sposób prawidłowy złożenie wadium w formie gwarancji bankowej musi się odbywać de lege artis".

W dalszej części odwołujący, odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku spełnienia przez wykonawcę ZUE warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej przypomniał, że stosownie do postanowienia Części III pkt 3 lit. c) SWZ, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 1 000 000,00 zł. Wykonawca ZUE, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przedstawił zamawiającemu Polisę Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Ogólnej Nr 1029587445, w której treści zostało jednoznacznie wskazane, że potwierdza ona ubezpieczenie ww. wykonawcy w okresie od 13 kwietnia 2021 r. do 12 kwietnia 2022 r. Z jej treści wynika zatem jednoznacznie, że przed 13 kwietnia 2021 r. ZUE nie był ubezpieczony na warunkach określonych w polisie nie był.

Dalej argumentował, że jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w zachowującym aktualność wyroku z dnia 22 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1551/19, wprawdzie dokumenty składane na wezwanie zamawiającego powinny być aktualne na dzień ich złożenia, to jednak warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. W tym zakresie Izba wskazała, że: „jest to pogląd w pewnym uproszczeniu, ponieważ ostatecznie zależy to od rodzaju oraz sposobu sformułowania warunku (inaczej będzie np. w przypadku wymogu doświadczenia liczonego wstecz, czy złożenia nieprawdziwych informacji, również później mogą nastąpić podstawy do wykluczenia), natomiast ma wprost zastosowanie w niniejszej sprawie: zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia OC na stosowną kwotę i takie ubezpieczenie powinno być posiadane w chwili składania oferty, jak i w chwili przedstawiania dokumentów na potwierdzenie (polisy). Należy przy tym zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy - wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia, na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści (lub dokument o innej nazwie, lecz tym samym charakterze). Bez owej umowy (polisy), ubezpieczenie nie istnieje, albo nie istnieje na danych warunkach". Powyższe stanowisko Izby, zdaniem odwołującego zasługuje na

pełną aprobatę - stąd odwołujący zaprezentował je jako własne.

Tym samym, skoro przedstawiona przez ZUE polisa OC nie wskazuje na spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty (a wręcz wynika z niej, że w dacie składania oferty wykonawca ZUE ubezpieczeniem - co najmniej udzielonym na warunkach określonych w polisie - objęty nie był, konieczne było wezwanie wykonawcy ZUE do przedstawienia takiej polisy, która potwierdzałaby posiadanie wymaganego ubezpieczenia w okresie od dnia 8 do 12 kwietnia 2021 r. Tym samym, podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący zaniechania do realizacji takiego wezwania jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W treści zgłoszonego przystąpienia ZUE podnosił, iż w niniejszej sprawie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 528 pkt 2 Pzp, a tym samym przedmiotowe odwołanie winno zostać przez Izbę odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W kolejnym piśmie procesowym, złożonym do akt sprawy 28 grudnia 2021 r., zaprezentował swoje stanowisko, odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania. Jednocześnie wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego złożenia wadium, ewentualnie pozostawienie go bez rozpoznania wywodząc, że w tym przypadku zaistniała podstawa opisana w przepisie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wniesienia wadium przez wykonawcę ZUE oraz Konsorcjum POWER argumentując, że zarzut ten został sformułowany po terminie na wniesienie odwołania. W przypadku nie uwzględnienia przez Izbę przedmiotowego wniosku, wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania złożoną przez zamawiającego do akt sprawy, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem zawartym w pismach procesowych przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska ZUE, prezentowanego w treści zgłoszonego przystąpienia, że w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności opisane w art. 528 pkt 2 Pzp, a tym samym przedmiotowe odwołanie winno zostać przez Izbę odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że w wyniku rozpoznania odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2816/21, złożonego przez ZUE, Izba wyrokiem z 26 października 2021 r. nakazała odrzucić ofertę odwołującego w postępowaniu. Nie było również sporne, że na wyrok ten odwołujący złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, która jak wyjaśniał na posiedzeniu, zostanie przez Sąd rozpoznana w styczniu 2022 r., co również przyznał w swoim piśmie zamawiający. Bez znaczenia dla oceny przesłanki do odrzucenia odwołania, pozostaje natomiast kwestia na jakiej podstawie oparto przedmiotową skargę i jaką argumentację przywołał odwołujący dla uzasadnienia stawianych przez niego zarzutów. To, czy przedmiotowa skarga zasługuje na uwzględnienie, podlega wyłącznie ocenie przez Sąd.

Izba nie podzieliła również argumentacji przystępującego, że odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, ujętym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest już bowiem ani wykonawcą, z całą pewnością nie jest też uczestnikiem konkursu, ani „innym podmiotem". Skład orzekający w szczególności nie podziela stanowiska, że odwołujący utracił status wykonawcy. Należy przypomnieć, że definicja wykonawcy ujęta została w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i zgodnie z nią wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność, że Izba w wyroku z 26 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2816/21, nakazała odrzucenie oferty odwołującego nie przesądza jeszcze, że podmiot ten utracił status wykonawcy. Kluczowa bowiem w tej sprawie jest okoliczność, że orzeczenie to zostało przez odwołującego zaskarżone, a zatem nie stało się prawomocne. W przypadku,

gdyby Sąd nie podzielił stanowiska Izby i zmienił w tym zakresie zaskarżony wyrok, oferta odwołującego zostałaby przywrócona do postępowania. Wprawdzie zamawiający wykonuje dalsze czynności w tym postępowaniu, gdyż w istocie jest tak, że nie istnieje żaden przepis ustawy Pzp, który wstrzymywałby działania, jakie mogą być podejmowane przez zamawiającego, po wydaniu przez Izbę wyroku, to jednak odwołujący w dalszym ciągu jest zainteresowany wynikiem tego przetargu, o czym świadczy fakt złożenia skargi na orzeczenie Izby. Tym samym, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie sposób jest stwierdzić, że odwołujący utracił status wykonawcy z dniem, kiedy zamawiający wykonał wyrok Izby.

Nie sposób również stwierdzić, że zarzut sformułowany przez odwołującego, dotyczący złożenia wadium przez wykonawcę ZUE oraz Konsorcjum POWER, został podniesiony po terminie. Okoliczność, że po raz pierwszy wybór oferty w postępowaniu został dokonany 30 kwietnia 2021 r. (zamawiający wybrał wówczas ofertę odwołującego) i jednocześnie w piśmie tym poinformował również o tym, że żadna oferta w tym postępowaniu nie została odrzucona, nie przesądza, że jest to data, od której należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Nie można bowiem pominąć okoliczności, że czynność ta została zaskarżona, wskutek czego zamawiający powtarzał dokonywane przez siebie wcześniej czynności, w tym w zakresie badania i oceny złożonych ofert. Z kolei ostatnia, podjęta przez zamawiającego decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, została podjęta 3 grudnia 2021 r., o czym odwołujący został poinformowany w tym samym dniu. Od tej daty należy zatem liczyć termin 10 dni na wniesienie odwołania, w tym termin na podnoszenie zarzutów dotyczących badania i oceny złożonych ofert (w zakresie których to czynności mieści się ocena prawidłowości wniesienia wadium).

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Złożył swoją ofertę, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Oferta odwołującego została wprawdzie przez zamawiającego odrzucona, stosownie do rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2021 r. zawartego w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2816/21, jednak odwołujący zaskarżył to orzeczenie i oczekuje na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie. Gdyby ten był korzystny dla odwołującego, zostałby przywrócony do postępowania, jego oferta byłaby najkorzystniejsza a on sam miałby szansę na zawarcie umowy w tym postępowaniu i osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła dowód, wnioskowany przez zamawiającego, na okoliczność wykazania, że ZUE spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej, w postaci Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Ogólnej nr 1029587445, z treści której wynika, że ZUE posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w okresie od 13 kwietnia 2020 r. do 12 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ jest „Utrzymanie, konserwacja i bieżące naprawy instalacji oraz urządzeń oświetlenia dróg, ulic, parków, placów, skwerów, mostów, estakad, tuneli, przejść podziemnych oraz iluminacji wybranych obiektów Gminy Miejskiej Kraków”.

Ponadto, jak wynika z akt nadesłanych przez zamawiającego, swoje oferty w postępowaniu złożyli: odwołujący, ZUE oraz Konsorcjum POWER. Zamawiający pismem z 3 grudnia 2021 r. poinformował odwołującego o wyborze oferty, uznając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ZUE.

Izba, biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, jak też zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE i Konsorcjum POWER którzy, w ocenie odwołującego, wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy. Odwołujący swoją ocenę opierał na tym, że z treści załączonych do ich ofert gwarancji wynikało, że pozostają one ważne w okresie od dnia 8 kwietnia 2021 r. do dnia 6 lipca 2021 r., który to okres był równy terminowi związania ofertą. Jednocześnie w treści gwarancji zastrzeżono, że wypłata z tytułu gwarancji mogła nastąpić wyłącznie w razie doręczenia Gwarantowi w terminie ważności

gwarancji pisemnego żądania zapłaty, zaś gwarancje wygasały automatycznie i całkowicie w przypadku upływu ostatniego dnia jej ważności, co nie wpływało na żądania gwarancji doręczone Gwarantowi w okresie ważności gwarancji. Zdaniem odwołującego takie ukształtowanie treści umowy gwarancji zawęża zakres czasowy odpowiedzialności gwarancji, ograniczając możliwość realizacji przez zamawiającego uprawnienia do zatrzymania wadium w przypadku, gdy zdarzenie skutkujące zatrzymaniem wadium wystąpiłoby w ostatnim dniu terminu związania ofertą, co świadczy o nieprawidłowości gwarancji.

W pierwszej kolejności, rozpoznając przedmiotowe odwołanie, należy zwrócić uwagę na treść postanowień SWZ, które określały wymagania dotyczące zasad wnoszenia wadium w przedmiotowym postępowaniu. Regulacje w tym zakresie zawarto w Części VII SWZ

- Informacja o wadium oraz zabezpieczeniu należytego wykonania umowy. W pkt 1

- Wymagania dotyczące wadium, lit. e) uregulowano sytuacje, gdy wykonawca wnosi wadium w formie innej niż pieniężna: „Wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna musi być wniesione w oryginale w formie elektronicznej i musi obejmować cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium, płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium należy załączyć do zaszyfrowanej zgodnie z zapisami części VIII pkt 1 SWZ oferty wykonawcy.” Z kolei okres związania ofertą został określony w Części I SWZ - Informacje podstawowe, pkt 10 w którym zamawiający wskazał: „Termin związania ofertą: Wykonawca będzie związany ofertą do dnia 6 lipca 2021 r., przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert”. Nie było sporne między stronami, że złożone przez wykonawcę ZUE, jak też przez Konsorcjum POWER gwarancje ubezpieczeniowa i bankowa, wskazywały jako termin ich obowiązywania: od 8 kwietnia 2021 r. do 6 lipca 2021 r.

Mając na uwadze tak sformułowane, przytoczone powyżej zapisy SWZ regulujące kwestie wadium wnoszonego w postepowaniu, w formie innej niż pieniężna stwierdzić należy, że ZUE i Konsorcjum POWER wypełnili wszystkie, jasno określone postanowieniami SWZ, wymogi postawione przez zamawiającego. Zarówno gwarancja przedłożona przez przystępującego, jak też złożona przez Konsorcjum POWER obejmuje bowiem cały okres związania ofertą (wskazany konkretnymi datami kalendarzowymi przez zamawiającego: od terminu składania ofert do 6 lipca 2021 r.), a także zawiera w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium, płatne na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, o ile tylko ziszczą się wskazane przesłanki. Sformułowania „obejmuje”, na które zwracał uwagę odwołujący, nie można interpretować w sposób inny niż taki, że okres obowiązywania gwarancji musi być równy terminowi związania ofertą, a daty te wskazał jednoznacznie zamawiający. Już tylko na tej podstawie należy stwierdzić, że argumentacja odwołującego jest pozbawiona podstaw, bowiem skupia się na bliżej nieokreślonych wymogach, które nie zostały wyrażone przez zamawiającego w treści dokumentacji postępowania.

W niniejszej sprawie nie zaistniały zatem żadne okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenie, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty ZUE czy tez Konsorcjum POWER. Przyznanie racji odwołującemu oznaczałoby z kolei, że zastosowanie się przez wykonawcę do wymogów postawionych przez zamawiającego w SWZ, skutkuje odrzuceniem oferty. To takie działanie byłoby nieuprawnione i niezgodne z przepisami Pzp, które to przepisy jasno stanowią w jakich przypadkach zmawiający może odrzucić ofertę wykonawcy.

Izba podziela pogląd, że nie jest możliwe, aby zamawiający przewidział w treści SWZ każdą możliwą sytuację, która może mieć miejsce w toku prowadzonego postępowania. Jednakże z pewnością musi ona przewidywać takie szczególne wymogi, które miałyby w konsekwencji skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, a nie wynikają one wprost z przepisów ustawy Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem przygotowanie dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i kompleksowy, aby wykonawcy mieli pełną świadomość jego oczekiwań oraz konsekwencji wynikających z braku ich spełnienia. Jeśli zatem zamawiający chciałby wskazać dodatkowe warunki dotyczące wadium, w tym ewentualnie takie, zgodnie z którymi wykonawcy zostaliby zobligowani do przedłożenia wadium, w którym wprost, literalnie zawarto by wyraźne postanowienie o możliwości skutecznego dochodzenia należności z wadium także np. w określonym terminie od upływu terminu jego ważności - musiałby wprost takie wymogi w treści dokumentacji sformułować. Jeśli, jak w tym przypadku, tego nie uczynił, to wykonawcy nie mogą na tym etapie postępowania ponosić negatywnych konsekwencji tego, że dostosowali się ściśle do wymagań SWZ. Jak trafnie zauważył w swoim piśmie procesowym przystępujący, powołując się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 z dnia 13 lipca 2017 r., w którym Trybunał 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, ze 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 SWZ, nie mogą być natomiast wypadkową wykładni tych przepisów dokonywanej przez sądy. Mając to na uwadze, uwzględniając postanowienia SWZ cytowane powyżej, nie sposób przyjąć, że przedłożone przez przystępującego, jak też Konsorcjum POWER gwarancje są nieprawidłowe. Obejmują one w całości wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą, spełniają także wszystkie inne oczekiwania opisane w SWZ.

Dalej należy zauważyć, iż odwołujący domaga się odrzucenia ofert złożonych przez ZUE i Konsorcjum POWER wskazując na nieprawidłowości w treści złożonych dokumentów, całkowicie jednak pomijając treść przepisów ustawy Pzp, które regulują kwestie dotyczące żądania wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym kontekście należy w szczególności zwrócić uwagę na treść przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, który to odmiennie od dotychczasowej regulacji, występującej na gruncie ustawy Pzp z 2004 r. 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". Z kolei w żadnym z przepisów prawa, przy tak jasnej deklaracji, co do terminu, nie pojawia się czy to kwestia wydłużenia tego terminu, aby dać zamawiającemu możliwość skutecznego skorzystania z zabezpieczenia, czy też jakiekolwiek zróżnicowanie tych wymagań, zależnie od tego czy wadium wykonawca wnosi w formie pieniężnej, czy też decyduje się na inne formy zabezpieczenia swojej oferty. Warto zauważyć, że przepis ten wprowadzono do nowej ustawy Pzp celem doprecyzowania, niejasnych dla niektórych uczestników rynku, przepisów dotyczących terminów wnoszenia i obowiązywania wadium.

Koreluje z tym przepisem również regulacja zawarta w art. 220 ust. 2 ustawy Pzp, która wymaga, aby zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu, wskazał konkretną datę. Wprowadzenie tej regulacji miało na celu unikanie takich sytuacji, w których zamawiający eliminował z postępowania oferty wykonawców z uwagi na błędy dotyczące terminu ważności wadium. Przepis powyższy dodatkowo daje pewność w zakresie okresu związania ofertą oraz odnośnie okresu, na jaki musi być ustanowione wadium (w niniejszej sprawie zamawiający dopełnił tego obowiązku i w treści SWZ zawarł zapis, że wadium obowiązuje do 6 lipca 2021 r.). Powyższe, cytowane przepisy wskazują, że ustawodawca rozstrzygnął jednoznacznie, że wnoszone przez wykonawców wadium winno utrzymywać swoją ważność do dnia terminu związania ofertą, a nie, jak wywodzi odwołujący, być wydłużone poza ten termin.

Mając na uwadze jednoznaczną treść cytowanych wyżej przepisów, jak też regulacji wprowadzonych przez zamawiającego do treści SWZ, nie sposób podzielić zastrzeżeń odwołującego w kwestii dotyczącej możliwości zabezpieczenia się zamawiającego z tytułu złożonego przez ZUE i Konsorcjum POWER wadium. Wadliwości tych dokumentów odwołujący doszukuje się w tym, że zamawiający miałby być pozbawiony możliwości zabezpieczenia swojego interesu już w ostatnim dniu związania ofertą. Kreuje przy tym czysto hipotetyczne scenariusze, w których zamawiający, aby mógł skorzystać z możliwości zabezpieczenia swoich roszczeń musiałby udać się do siedziby Gwaranta, czy też złożyć odpowiednie żądanie drogą mailową, a przyczyny zatrzymania wadium wystąpić miałyby w ostatnim dniu terminu jego ważności. W ocenie Izby opisywane przez odwołującego hipotezy, jakoby zamawiający miałby nie zdążyć z wystąpieniem i doręczeniem do gwaranta wniosku o zapłatę wadium, nie są wystarczającą podstawą dla uznania, że wadium w tym postępowaniu zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Izba dostrzegła wprawdzie, że odwołujący przywołał kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz jedno orzeczenie Sądu Okręgowego w Częstochowie, które to jednak zapadły na gruncie przepisów ustawy Pzp z 2004 r. oraz na gruncie przepisów cytowanej ustawy regulujących nie tyle samą instytucję wadium, co kwestie podstaw do odrzucenia oferty. Nie sposób jedynie na tej podstawie podzielić prezentowanych przez odwołującego tez o konieczności odrzucenia złożonych ofert z tego powodu, że rzekomo okres obowiązywania gwarancji został skrócony i nie obejmuje całego okresu związania ofertą.

Ponadto, należy zaznaczyć, że to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania. To jego rolą i obowiązkiem jest takie wyznaczanie terminów na dokonanie stosownych czynności przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, aby możliwe było skuteczne dochodzenie swoich praw w przypadku, w którym ziści się podstawa zatrzymania wadium. Jeśli nawet przyjmiemy czysto hipotetycznie,

że zamawiający zdecyduje się na wyznaczenie terminu zawarcia umowy na ostatni dzień związania ofertą, to ustalenie tego terminu w godzinach pracy zamawiającego, w godzinach np. porannych umożliwi zamawiającemu zgłoszenie Gwarantowi żądania w przypadku uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Przy czym, co należy podkreślić, sytuacja taka jest przypadkiem skrajnym, który zakłada, że zawarcie umowy następuje w ostatnim dniu, zaś wykonawca zaproszony do podpisania umowy będzie uchylał się od jej zawarcia.

Trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający wyznacza ostatni dzień na zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Okres związania ofertą jest na tyle długi, że pozwala zamawiającemu na procedowanie w taki sposób, aby wszystkie czynności (w tym wybór oferty najkorzystniejszej oraz podpisanie umowy z wykonawcą) dokonane zostały w terminie związania ofertą. W konsekwencji trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający będzie musiał ostatniego dnia udać się do siedziby Gwaranta, aby nie utracić możliwości zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu wadium w przypadku, gdy wykonawca nie stawi się w jego siedzibie. Jeśli natomiast termin ważności wadium zbliża się ku końcowi, a zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty, wówczas odpowiednie przepisy ustawy Pzp przewidują jego prawo wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Takie czynności może również, z własnej inicjatywy, podjąć wykonawca i tak też uczynił w niniejszej sprawie przystępujący, który wystąpił do Towarzystwa Ubezpieczeń Europa Spółka Akcyjna z wnioskiem o wystawienie aneksu do gwarancji wadialnej (aneks nr 1 do Gwarancji nr 3203/W/03/2021, załączony do pisma procesowego przystępującego z 28 grudnia 2021 r. przedłuża termin ważności gwarancji do 6 września 2021 r.).

Należy też wspomnieć dodatkowo, że w przypadku gwarancji przedłożonej przez Konsorcjum POWER, z treści której wynika możliwość zgłoszenia roszczeń za pomocą poczty elektronicznej, przedstawiciel zamawiającego może, za pośrednictwem tej poczty do końca terminu ważności gwarancji, do godz. 23:59 złożyć roszczenie o wypłatę kwoty wadium i roszczenie takie zostanie zaspokojone (art. 61 §2 kodeksu cywilnego stanowi bowiem, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią).

Tym samym w niniejszej sprawie, skład orzekający doszedł do przekonania, że gwarancje przedłożone przez ZUE oraz Konsorcjum POWER, w których terminy ważności wadium upływają wraz z terminem związania ofertą, są w pełni prawidłowe i nie skracają w żaden sposób terminu, w jakim zamawiający może dochodzić swoich roszczeń.

Do analogicznych wniosków doszedł skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku w dniu 26 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3362/21, w którym Izba potwierdziła prawidłowość gwarancji wadialnej, której zarówno okres ważności, jak i termin na wniesienie wniosku o wypłatę kwoty wadium, upływały w ostatnim dniu terminu związania ofertą. Należy nadmienić, że w omawianej sprawie odwołujący, podobnie jak odwołujący w tym postępowaniu, powoływał się na argumentację podniesioną w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r. (sygn. V Ga 328/20), próbując przekonać Izbę o wadliwości gwarancji ubezpieczeniowej, w której to gwarant zawarł postanowienie, zgodnie z którym, gwarancja jest ważna do dnia 17 stycznia 2022 r. (ostatni dzień związania ofertą) i „wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli żądanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie". Krajowa Izba Odwoławcza, oddalając odwołanie stwierdziła, że wadium wniesione w formie gwarancji, które wygasa z dniem upływu terminu związania ofertą i jednocześnie w tym dniu wygasa uprawnienie zamawiającego do złożenia wniosku o wypłatę jest prawidłowe. W treści orzeczenia Izba zwróciła uwagę, że: „Zarówno w ustawie, jak i SWZ, brak jest tak szczegółowych wymagań dla treści gwarancji wadialnej, na jakie wskazywał odwołujący dotyczących czy to wydłużonego terminu ważności wadium względem terminu związania ofertą, czy zawarcia w treści gwarancji dodatkowej klauzuli. Nie jest możliwe nałożenie na wykonawców obowiązków, które nie wynikają z przepisów prawa. Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. W treści orzeczenia zauważono także, że „Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni". Powyższe tezy skład orzekający w niniejszej sprawie, w pełni podziela.

Biorąc pod uwagę powyżej zaprezentowaną argumentację Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania w zakresie, w jakim odwołujący kwestionuje prawidłowość wniesionego przez ZUE i Konsorcjum POWER wadium, są bezzasadne i z tych powodów powinny być oddalone. Treść przedłożonych gwarancji w pełni odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego w SWZ, jest zgodna z przepisami prawa i w rezultacie zabezpiecza interesy

zamawiającego w zgodzie z celem, w jakim wadium zostało ustanowione.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZUE do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu potwierdzającego, że ZUE był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie wymaganym w SWZ, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zamawiający w Części III SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 3 lit. c) opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 1 000 000,00 zł. Z kolei w Części IV SWZ -

Wymagane oświadczenia i dokumenty, pkt 2 zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp żąda złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (JEDZ) wyłącznie od wykonawcy którego oferta została najwyżej oceniona wraz z dokumentami wskazanymi w części IV pkt 3 SWZ. Dalej, w pkt 3 przewidział, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia - co najmniej 1 000 000,00 zł (lit. k).

Na podstawie powyższych zapisów, zamawiający wezwał ZUE do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym potwierdzających, że wykonawca ten posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, składane na wezwanie dokumenty, miały być aktualne na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

ZUE złożył, na wezwanie zamawiającego, dokument Polisy Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Ogólnej Nr 1029587445 z którego wynika, że potwierdza ona zakres ubezpieczenia od dnia 13 kwietnia 2021 r. Ta okoliczność, w ocenie odwołującego, wskazuje wprost, że ZUE nie był ubezpieczony na warunkach określonych w ww. polisie w okresie od złożenia oferty (8 kwietnia 2021 r.) do dnia 12 kwietnia 2021. Odwołujący wywodził również, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, każdy wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały okres od złożenia oferty aż do jej wyboru, a więc również w dacie złożenia oferty w postępowaniu.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego w zakresie, w jakim podważał on aktualność dokumentu policy OC, złożonej na wezwanie zamawiającego.

Odwołujący pomija całkowicie treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym składane na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być „aktualne na dzień złożenia". „Aktualny", zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym". Innymi słowy, podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia.

Należy przypomnieć, że intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, który konstruował w taki właśnie sposób przepisy ustawy Pzp, było to, aby ocena sytuacji podmiotowej wykonawców odbywała się na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Niezależnie wyposażono także zamawiającego w uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE „Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)", zaś w motywie 85 wskazano, iż „Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)". Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający wezwanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, które będą aktualne na dzień ich złożenia.

W konsekwencji należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca

krajowy, odszedł od zasady, że składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku.

Czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które co nie ulega wątpliwości winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, w tym w odniesieniu do warunku dotyczącego jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w treści wezwania powtórzył, zgodnie z brzmieniem art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, że podmiotowy środek dowodowy ma być aktualny na dzień jego złożenia. ZUE z kolei, odpowiadając na tak sformułowane wezwanie przedłożyło dokument polisy, z treści której wynika, że wykonawca był ubezpieczony w zakresie i na kwotę wymaganą przez zamawiającego w okresie od dnia 13 kwietnia 2021 r. do 12 kwietnia 2022 r. Z kolei zdaniem odwołującego, ZUE winno było wykazać, że jest ubezpieczone od dnia złożenia oferty (8 kwietnia 2021 r.) do dnia 12 kwietnia 2021 r.

Z przyczyn wskazanych wcześniej Izba nie podzieliła tego stanowiska. Przedłożona polisa OC była bowiem dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia, potwierdzała bowiem okoliczności na ten właśnie dzień (co jest zgodne z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). Jak słusznie zauważył przystępujący polisy ubezpieczeniowe wystawiane są w taki sposób, że obowiązują przez pewien okres czasu. Tym samym, w zależności od tego w jakiej dacie zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, polisa przedłożona w odpowiedzi na wezwanie nie zawsze będzie odzwierciedlała stan istniejący w dacie, kiedy wykonawca składa swoją ofertę w przetargu. Z kolei dokumentem aktualnym, składanym na wezwanie tj. potwierdzającym okoliczność posiadania wymaganego ubezpieczenia na dzień składania takiego dokumentu - będzie polisa z treści której będzie wynikało, że na dzień w którym zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca wymagany warunek spełnia. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Przystępujący złożył dokument polisy OC, będący kontynuacją poprzedniej, która obowiązywała w dacie składania tychże dokumentów.

Ponadto, jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, był też w posiadaniu dokumentu polisy ubezpieczenia OC nr 1029587445, obowiązującej w okresie od 13 kwietnia 2020 r. do 12 kwietnia 2021 r., która to polisa została przedłożona przez ZUE w jednym z wcześniej prowadzonych przez zamawiającego postępowań. Dokument ten stanowi potwierdzenie, że ZUE spełniało warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej również w kwestionowanym przez odwołującego okresie. Zamawiający przyznał, że nie odnotował ani w protokole prowadzonego postępowania, ani też w formie notatki, że polisą taką dysponuje i, że dokonał weryfikacji spełnienia warunków przez ZUE. Powyższy obowiązek nie wynika jednak ani z treści przepisów ustawy Pzp, ani też z treści protokołu z prowadzonego postępowania i mogłoby mieć znaczenie o tyle, że odwołujący dowiedziałby się o tym, że zamawiający dysponuje takim dokumentem na wcześniejszym etapie tj. zanim sformułował przedmiotowe zarzuty.

Powyższe nie ma jednak znaczenia dla oceny zasadności stawianego zarzutu głównie z powodów wskazanych wcześniej a więc, że podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Tym samym aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia czy też, jak w przypadku polisy OC, z datą jej obowiązywania. Dokument „aktualny” oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....