Sygn. akt: KIO 2617/22

WYROK

z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Członkowie: Ernest Klauziński

Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda sp. z o.o. oraz Makpol Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach
przy udziale wykonawcy Eko Bolesław sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Wojkowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda sp. z o.o. oraz Makpol Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda sp. z o.o. oraz Makpol Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda sp. z o.o. oraz Makpol Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę 4 229,72 zł (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia dziewięć złotych 72/100) stanowiącą uzasadnione koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 612,72 zł (słownie: sześćset dwanaście złotych 72/100) oraz kosztów za inne uzasadnione wydatki tj. kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 2617/22

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający" oraz „MPGK sp. z o.o.") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Sukcesywny odbiór, transport i zagospodarowanie odpadu o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne)" (Numer referencyjny: PN/15/2022, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 22 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 140-399619.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

3 października 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Senda sp. z o.o. oraz Makpol Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" oraz „Senda sp. z o.o.") wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił MPGK sp. z o.o. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy

Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eko Bolesław sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Wojkowice (dalej: „Eko Bolesław sp. z o.o."), mimo że wskazany wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, w konsekwencji czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, co jednocześnie stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenie oferty wykonawcy Eko Bolesław sp. z o.o.;

3) przeprowadzenia ponownej oceny pozostałych ważnych ofert złożonych

w Postępowaniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nich.

W treści uzasadnienia zarzutu odwołania wykonawca Senda sp. z o.o. wskazał, że Eko Bolesław sp. z o.o. wniosła wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej 18 sierpnia 2022 r., a obowiązującej do 2 listopada 2022 r. Gwarancja zawiera klauzulę, z której wynika, że jeśli zajdą przesłanki zatrzymania wadium, Zamawiający musi zgłosić żądanie wypłaty roszczenia z gwarancji w dniu 2 listopada 2022 r. lub przed tym dniem, a gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadkach w niej opisanych, w tym gdyby żądanie nie zostało doręczone bankowi w terminie ważności gwarancji. Odwołujący podniósł, że w jego ocenie taka konstrukcja gwarancji wadialnej jest nieprawidłowa, gdyż nie pozwala Zamawiającemu na zgłoszenie wszystkich roszczeń, gdy ziszczą się przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Wykonawca Senda sp. z o.o. podkreślił, że gwarancja wadialna wystawiona na okres obowiązywania pokrywający się z terminem związania ofertą nie zabezpiecza w pełni interesu MPGK sp. z o.o. w takim samym stopniu jak wadium wpłacone w pieniądzu. Z treści gwarancji bankowej załączonej do oferty przez wykonawcę Eko Bolesław sp. z o.o. wynika bowiem, że jeżeli Zamawiający zgłosi do wystawcy gwarancji roszczenie, które swoje podstawy, uzasadnienie ma w wyniku czynności lub zaniechań wyżej wymienionego wykonawcy podjętych w czasie trwania terminu związania ofertą np. w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji wadialnej i MPGK sp. z o.o. fizycznie nie będzie mogła dokonać zgłoszenia roszczenia do wystawcy gwarancji jeszcze tego samego, ostatniego dnia obowiązywania gwarancji, to wystawca gwarancji nie jest zobowiązany do wypłaty. Zdaniem Odwołującego z tego powodu treść gwarancji wadialnej złożonej przez wykonawcę Eko Bolesław sp. z o.o. jest wadliwa, a wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Wykonawca Senda sp. z o.o. podkreślił, że z treści gwarancji wadialnej nie wynika, iż Zamawiający może skutecznie wnioskować do wystawcy gwarancji o wypłatę środków z gwarancji w okresie kilku dni od upływu terminu jej obowiązywania.

18 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. MPGK sp. z o.o. podniosła, że wykonawca Senda sp. z o.o. w niniejszej sprawie w istocie domaga się wydania rozstrzygnięcia sprzecznego z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, którego prawidłowa wykładnia prowadzi do jednoznacznego uznania, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. MPGK sp. z o.o. podkreśliła, że kwestia prawidłowości gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej wystawionej na okres pokrywający się z terminem związania ofertą i niedającej zamawiającemu możliwości zgłoszenia roszczeń po upływie tego terminu została dobitnie rozstrzygnięta w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3482/21 oraz wyrok z dnia 20 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3748/21) oraz w wyroku wydanym 22 kwietnia 2022 r. przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 13/22. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że orzecznictwo przywołane przez wykonawcę Senda sp. z o.o. w odwołaniu zostało wydane na gruncie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”). MPGK sp. z o.o. podkreśliła, że w nowej ustawie Ppz poprzedni przepis (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp2004) został przez ustawodawcę doprecyzowany, a jego brzmienie nie pozwala już na interpretację, jaka była wyprowadzana przed wejściem w życie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł również, że - w jego ocenie - wniesione odwołanie w istocie nie dotyczy treści gwarancji wadialnej złożonej przez wykonawcę Eko Bolesław sp. z o.o., a treści SWZ i należy je uznać za spóźnione. MPGK sp. z o.o. stwierdziła bowiem, że w rzeczywistości Odwołującemu chodzi o to (choć tego wyraźnie nie wyartykułował), że Zamawiający nie zawarł w SWZ wymagań co do treści gwarancji, które obligowałyby wykonawcę do złożenia gwarancji, z której treści wynikałoby, iż Zamawiający może wystąpić z roszczeniem do banku czy ubezpieczyciela po terminie związania ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym odwołanie w niniejszej sprawie należy uznać za spóźnione z uwagi na to, że de facto dotyczy kwestionowania treści SWZ. W ocenie składu orzekającego odwołanie dotyczy stricte czynności Zamawiającego polegającej na ocenie gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Eko Bolesław sp. z o.o., która w konsekwencji doprowadziła do dokonania przez MPGK sp. z o.o. w dniu 23 września 2022 r. czynności wyboru oferty wskazanego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Wobec powyższego zdaniem Izby odwołanie zostało wniesione w ustawowym 10-dniowym terminie wynikającym z przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Eko Bolesław sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Wojkowice (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1.2. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") „Wadium musi obejmować pełen okres związania ofertą tj. do dnia 02 listopada 2022 r.".

W myśl postanowień pkt 1.4.2. Rozdziału VI SWZ „W przypadku gdy wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł je w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą bądź złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp".

Stosownie natomiast do brzmienia pkt 2. Rozdziału IX SWZ „Ofertę należy złożyć w terminie do dnia 19 sierpnia 2022 r. do godz. 9:00".

Wykonawca Eko Bolesław sp. z o.o. złożył ofertę w Postępowaniu, do której dołączył

gwarancję bankową nr KLG82212IN22 wystawioną w dniu 18 sierpnia 2022 r. Zgodnie z treścią wyżej wymienionej gwarancji: „Gwarancja wchodzi w życie w dniu 2022-08-19. Gwarancja obowiązuje do 2022-11-02, co oznacza, iż Państwa żądanie musi wpłynąć do Banku w lub przed tym dniem.

Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie ważności niniejszej gwarancji, lub

b) upływu terminu ważności gwarancji, lub

c) zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu jej ważności, przesłanego w celach

identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub

d) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub

e) złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach

identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty.
Żądanie zapłaty musi zostać doręczone do Banku w formie:

a) papierowej na adres: ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, albo

b) autoryzowanego komunikatu przekazanego przez bank prowadzący Państwa rachunek

za pośrednictwem systemu SWIFT na adres INGBPLPW, albo

c) dokumentu dołączonego do wiadomości e-mail wysłanej na adres

opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej".

Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 23 września 2022 r.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie

zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający

przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

przejrzysty i proporcjonalny.

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

Stosownie do treści art. 97 ust. 5 ustawy Pzp „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".

Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

„Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia

wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą (...)".

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Skład orzekający podziela stanowisko, zgodnie z którym gwarancje wadialne takie jak złożona przez Przystępującego tj. przewidujące możliwość zgłaszania przez Zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium, który jest równy terminowi związania ofertą są prawidłowe, a w konsekwencji oferta wykonawcy, który złożył wadium w taki sposób nie podlega odrzuceniu (por. m.in.: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3362/21, wyrok KIO z dnia 15 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2806/21, wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3628/21, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3482/21 oraz wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 201/22).

Powyższa konkluzja w sposób niewątpliwy wynika z przepisów obecnie

obowiązującej ustawy Pzp. W tym kontekście wymaga podkreślenia przede wszystkim aktualne brzmienie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w którym jednoznacznie przesądzono, że przesłanką zwrotu wadium jest m.in. upływ terminu związania ofertą oraz art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, w którym to przepisie wskazano, że wadium utrzymuje się do dnia upływu terminu związania ofertą.

W wyroku z dnia 20 stycznia 2022 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3748/21 Krajowa Izba Odwoławcza expressis verbis wskazała, że z przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp jasno wynika, iż graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin

ważności wniesionego wadium to termin związania ofertą. Izba podkreśliła, że „(...)

Brzmienie art. 97 ust. 5 PrZamPubl nie pozostawia wątpliwości i jego prawidłowa literalna wykładnia prowadzi do jednoznacznego uznania, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Tym samym zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie można uznać jako czynności wadliwej, a w konsekwencji jako niewniesienia wadium i przesłanki odrzucenia oferty". Nadto Izba stwierdziła, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp to okoliczność upływu terminu związania ofertą stanowi graniczną datę, od której liczony jest termin na zwrot wadium, a nie dzień roboczy następujący po tej dacie czy też kilka dni po upływie tego terminu.

Należy zauważyć, że w kontekście wątpliwości uczestników rynku zamówień publicznych odnoszących się do zagadnienia dotyczącego prawidłowości gwarancji wadialnej, której termin ważności jest równy terminowi związania ofertą i w treści której wskazano, że żądanie zapłaty środków z gwarancji powinno zostać dostarczone wystawcy gwarancji najpóźniej w ostatnim dniu ważności gwarancji, w niedawnym czasie zostały wydane dwa wyroki Sądu Zamówień Publicznych, w których Sąd nie dokonał rozróżnienia między terminem ważności wadium, a czynnością techniczną jaką jest zgłoszenie żądania zapłaty kwoty wadialnej w związku z zaistnieniem przesłanki do zatrzymania wadium w

terminie jego ważności (zob. wyrok SO w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 22 kwietnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 13/22 oraz wyrok SO w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 81/22 i XXIII Zs 84/22), a także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania" (

.

W pierwszym z wyżej wymienionych orzeczeń tj. w wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 13/22 Sąd Okręgowy wskazał, że w pełni podziela i uznaje za słuszną argumentację przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3482/21. Izba w przytoczonym wyroku przesądziła, że nieważne są postanowienia SWZ wymagające aby żądanie z gwarancji wadialnej mogło być zgłoszone przez zamawiającego odpowiednio w terminie 2 lub 7 dni od upływu terminu związania ofertą. W uzasadnieniu wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. Sąd Zamówień Publicznych zaznaczył, że „(...) w pełni podziela i uznaje za słuszną argumentację przedstawioną przez KIO w uzasadnieniu wyroku w przedmiotowej sprawie. Jak słusznie wskazała Izba art. 97 ust. 5 PrZamPublU określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą, zamawiający zaś wywołał skutek prawnie zakazany w postaci konieczności zabezpieczenia oferty wadium ponad ten termin. Zatem konsekwencje prawne wynikające z omawianej treści SWZ powodują, że należałoby ją uznać za wypełniającą hipotezę art. 58 KC, ponieważ wywołuje skutek sprzeczny z art. 97 ust. 5 PrZamPublU (wymusza zabezpieczenia wadium ponad termin związania ofertą) i takiemu zachowaniu nie można udzielić ochrony prawnej (...)". Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ustanawiania dodatkowego terminu na zgłoszenie przez zamawiającego roszczeń gwarantowi po upływie terminu związania ofertą oraz, iż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego przeniósł na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą, czym naruszył zasadę proporcjonalności.

Z kolei w wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 81/22 i XIII Zs 84/22 Sąd Okręgowy podzielił pogląd, zgodnie z którym wykonawcy nie mogą być zaskakiwani po złożeniu ofert oczekiwaniami co do dokumentu wadium, które nie zostały wyrażone a priori ani w SWZ, ani w ustawie Pzp, 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. Sąd Zamówień

Publicznych rozpoznając skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2022 r. o sygnaturze akt KIO 949/22 wyraził stanowisko, iż zasady utrzymania wadium określają co

do zasady normy zawarte w przepisie art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, a w przypadku jakichkolwiek odstępstw powinny być one szczegółowo określone w treści SWZ, tak aby zachować zasadę równego traktowania wykonawców. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie uregulował jednak szczegółowo kwestii dłuższego utrzymania wadium w SWZ, a zatem w - ocenie Sądu Okręgowego - złożona gwarancja spełniała wszystkie wymogi określone przez zamawiającego w SWZ oraz wynikające z ustawy Pzp. W konsekwencji Sąd uznał za prawidłową gwarancję umożliwiającą zamawiającemu wystosowanie żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania tożsamym z terminem związania ofertą.

Nadto w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP") pt. „Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania" (

zwrócono uwagę na zmiany przepisów dotyczących wadium w ustawie Pzp w stosunku do poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W opinii podkreślono, że przepisy nieobowiązującej już ustawy Pzp2004 nie zawierały jednoznacznej regulacji wskazującej, że wadium utrzymuje się jedynie do dnia upływu terminu związania ofertą, co wynika z aktualnie obowiązującego przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp oraz brak było kategorycznego przesądzenia, że upływ terminu związania ofertą aktualizuje obowiązek zwrotu wadium, jak ma to miejsce w obecnym stanie prawnym (art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Co więcej na gruncie obowiązującej ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek podania konkretnej daty, w której upływa termin związania ofertą (art. 220 ust. 2 ustawy Pzp), natomiast dzień, w którym upływa termin składania ofert jest jednocześnie pierwszym dniem związania ofertą, a maksymalny termin związania ofertą liczony jest od dnia upływu terminu składania ofert (art. 220 ust. 1 i art. 307 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w przedmiotowej opinii „(..) Wskazane zmiany stanu prawnego - doprecyzowujące istotne aspekty związane z instytucją wadium - miały na celu wzmocnienie bezpieczeństwa obrotu, zwiększenie transparentności postępowań o udzielenie zamówienia oraz ułatwienie przedsiębiorcom - zwłaszcza z sektora MŚP - dostępu do zamówień. Wykonawcy powinni bowiem ponosić koszty związane z utrzymaniem wadium jedynie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do zagwarantowania prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarancja wadialna powinna umożliwiać zaspokojenie roszczeń zamawiającego związanych ze zdarzeniami wskazanymi w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zaistniałymi w terminie związania ofertą. Zasadniczym celem i istotą wadium jest zabezpieczenie ciążącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas ważności wadium nie może być dłuższy niż termin związania wykonawcy złożoną w postępowaniu ofertą. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy przyjąć, że brak jest podstawy prawnej nakazującej wykonawcy utrzymanie wadium w okresie przypadającym po upływie terminu związania ofertą (.)".

Mając na uwadze pojawiające się wątpliwości w zakresie możliwości odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w kontekście treści złożonej gwarancji wadialnej, Prezes UZP w rzeczonej opinii wyraził jednoznaczny pogląd, skorelowany ze stanowiskiem prezentowanym przez Sąd Zamówień Publicznych w przywołanych powyżej orzeczeniach, zgodnie z którym „ (.) Z uwagi na sankcyjny charakter przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, nie jest możliwe rozszerzające jej interpretowanie, czy też stosowanie omawianego przepisu w sytuacjach innych, niż konkretnie wyrażone w ustawie Pzp. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadialna przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a co za tym idzie, oferta wykonawcy, który wniósł wadium w taki sposób nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp (.)".

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest uznanie, że gwarancja wadialna złożona przez Przystępującego wraz z ofertą jest prawidłowa. Przedmiotowa gwarancja spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w SWZ oraz wynikające z przepisów ustawy Pzp. Brak jest zatem podstaw do wyeliminowania oferty wykonawcy Eko Bolesław sp. z o.o. z Postępowania poprzez jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a), b) i d) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....