Sygn. akt KIO 380/23

WYROK

z dnia 28 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 lutego 2023 r. przez LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Słubice

przy udziale wykonawcy H. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana H. J. z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Słubice kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów 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 2022 r., poz. 1710) 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 380/23

Uzasadnienie

Gmina Słubice – dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Budowa wieży widokowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Sportowej w Słubicach – dokończenie robót budowlanych, sygnatura sprawy: ZP.271.1.2023.PG.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00038803/01.

W dniu 13 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Kwestionując ww. czynność Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, albowiem wskutek zawarcia w treści gwarancji wadialnej warunku doręczenia wezwania w formie pisemnej na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A., Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź w okresie ważności gwarancji, pod rygorem jej wygaśnięcia w całości:

a) gwarancja w niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego (niecały okres związania ofertą jest zabezpieczony wadium),

b) w sytuacji gdy placówka Gwaranta znajdująca się pod wskazanym adresem pozostaje otwarta do godziny 16:00, Gwarancja wadialna zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą tj. do dnia 2 marca 2023 r. do godziny 16:00, w sytuacji gdy okres ważności gwarancji winien kończyć się wraz z upływem dnia 2 marca 2023 r.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez H. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana H. J. z uwagi na fakt, iż podmiot ten złożył wadium w sposób nieprawidłowy oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując swoje stanowisko Odwołujący wskazywał, że zgodnie z treścią art. 95 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Jak z kolei stanowi SWZ w rozdziale XVI ust. 5 pkt 4: jednym z wymogów wadium wniesionego w formie poręczenia lub gwarancji jest to, że termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą (z zastrzeżeniem iż pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert), który w postępowaniu upływał w dniu 2 marca 2023 r.

Tymczasem z treści gwarancji wadialnej przedłożonej przez wykonawcę, którego wybór kwestionuje Odwołujący, wynika że jest ona ważna w okresie od dnia 01.02.2023 r. do dnia 2.03.2023 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji") i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie (§ 4 Gwarancji). Z kolei zgodnie z § 3 ust. 2 Gwarancji wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A., Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź. Gwarancja nie przewiduje możliwości przesłania do Gwaranta wezwania do zapłaty w formie elektronicznej.

Powyższe powoduje, że de facto doszło do skrócenia okresu gwarancji poniżej terminu związania ofertą. Jak wskazywał Odwołujący trasa samochodowa między siedzibą Zamawiającego a placówką Gwaranta, do której Zamawiający miałby dostarczyć wezwanie, wynosi blisko 400 km. Pokonanie jej samochodem zajmuje około 4 godzin. Co szczególnie istotne placówka Uniqa Towarzystwa Ubezpieczeń S.A., mieszcząca się przy ul. Gdańskiej 132 w Łodzi, do której powinno zostać doręczone wezwanie, zgodnie z powszechnie dostępnymi w sieci internet danymi, pozostaje otwarta do godziny 16:00.

Okoliczności te skutkują zdaniem Odwołującego tym, że Zamawiający nie będzie miał możliwości doręczenia wezwania po godzinie 16:00 z uwagi na zamknięcie placówki Gwaranta. Zatem gwarancja obowiązuje przez okres krótszy niż termin związania ofertą – obowiązuje ona bowiem w istocie wyłącznie do dnia 02.03.2023 r. do godziny 16:00, w sytuacji, gdy termin związania ofertą kończy się wraz z upływem 02 marca 2023 r. – okres ważności wadium wniesionego przez wykonawcę jest zatem o co najmniej 8 godzin krótszy niż termin związania ofertą (pomijając już nawet czas potrzebny na sporządzenie wezwania i jego doręczenie do siedziby gwaranta).

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska wskazał na następujące poglądy orzecznictwa i doktryny:

- ponadto dokument nie powinien 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 (art. 65 KC). I tak, 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 (Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 952/20);

- W przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Wadium winno zabezpieczać interes zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione (Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2020 r. KIO 2486/20);

- Zawarte w treści gwarancji wadialnej zastrzeżenie, że żądanie zapłaty musi być doręczone gwarantowi w terminie ważności gwarancji, stwarza ryzyko niemożliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z tytułu zdarzeń, za które gwarant odpowiada (...) postanowienie gwarancji zobowiązujące do zgłoszenia żądania zapłaty w terminie jej ważności stanowi więc niezasadne zawężenie możliwości dochodzenia przez Zamawiającego kwoty

należnej z tytułu wadium, nie zawsze bowiem w praktyce będzie możliwe zgłoszenie żądania zapłaty w terminie ważności wadium, w szczególności gdy podstawy do jego zatrzymania zaktualizują się w ostatnim dniu tej ważności (Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2022 r. KIO 1292/22);

- Wadium wniesione w formie gwarancji bankowej/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. Natomiast wadliwość gwarancji bankowej 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). Brak jest jakiejkolwiek podstawy prawnej nakazującej wykonawcy utrzymania wadium w okresie przypadającym po terminie związania ofertą (wyrok KIO z dnia 2 maja 2022 r. KIO 949/22);

- Funkcje i cel wadium wskazują, że stanowi ono warunek niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz to, że powinno zabezpieczać zamawiającego przed jakimkolwiek zdarzeniem, które może nastąpić od pierwszej minuty po złożeniu oferty do ostatniej minuty okresu związania ofertą. Wadium ma zabezpieczyć prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pełniąc jednocześnie funkcję dyscyplinującą wykonawców i powstrzymującą przed zachowaniami niezgodnymi z prawem (funkcja zabezpieczająca wadium) (wyrok SO Warszawie z dnia 1 sierpnia 2022 r. sygn. XXIII Zs 81/22).

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 20 lutego 2023 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie.

Jak wskazywał Zamawiający z przepisu art. 97 ust. 5 ustawy PZP jednoznacznie wynika, że graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium jest ostatni dzień związania ofertą. Z żadnego innego przepisu PZP nie wynika aby termin ważności wadium szczególnie w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, miałby być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego w ostatnim dniu po godzinach urzędowania siedziby ubezpieczyciela (KIO 3748/21, KIO 3758/21). Zamawiający powołał się również na komentarz do ustawy PZP wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także orzecznictwo sądów okręgowych np. XXIII Zs 13/22, XXIII Zs 81/22, XXIII Zs 84/22.

Zamawiający dodał, że niezrozumiały jest również zarzut skrócenia przez Gwaranta okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Odwołujący stwierdza, że okres

ważności tejże gwarancji upływa dnia 2 marca 2023 r. o godzinie 16:00. W żadnym miejscu przedmiotowego dokumentu nie określono godzinowo upływu terminu.

Zamawiający dodał, że teza prezentowana przez Odwołującego, że Gwarancja nie przewiduje możliwości przesłania do Gwaranta wezwania do zapłaty w formie elektronicznej jest nieuprawniona i niezgodna ze stanem faktycznym. W treści Gwarancji nie ma żadnego zapisu wykluczającego taką możliwość. Wskazano jedynie adres siedziby ubezpieczyciela na który należy skierować odpowiednie wezwanie oraz, że winno ono być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta. Powołał się przy tym na treść art. 78^1 KC.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 24 lutego 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca H. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana H. J. z siedzibą w Zielonej Górze, dalej jako: „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania.

Jak wskazywał Przystępujący, z analizy treści przepisu art. 97 ust. 5 ustawy PZP wynika, że graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium to termin związania ofertą. Przystępujący powoływał się również na orzecznictwo, m. in. wyrok KIO o sygn. akt KIO 3758/21, w którym Izba stwierdziła, że brzmienie art. 97 ust. 5 ustawy PZP nie pozostawia wątpliwości i jego prawidłowa literalna wykładnia prowadzi do jednoznacznego uznania, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Tym samym zrównania terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie można uznać jako czynności wadliwej, a w konsekwencji jako niewniesienia wadium. Przystępujący powoływał również inne orzecznictwo, np. wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2806/21.

Przystępujący podważył również zasadność zarzutów Odwołującego dotyczących skrócenia terminu obowiązywania gwarancji oraz formy, w jakiej żądanie zapłaty powinno zostać gwarantowi dostarczone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę H. J.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana H. J. z siedzibą w Zielonej Górze. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego składane były następujące dowody:

Dowody Odwołującego:

a) zrzut ekranu ze stronyna okoliczność wykazania faktu godzin otwarcia placówki, w której w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji wezwanie do zapłaty winno zostać złożone pod rygorem wygaśnięcia gwarancji,

b) zrzut ekranu z aplikacji google maps obrazujący trasę między siedzibą Zamawiającego a placówką Gwaranta – w celu wykazania faktu odległości między siedzibą Zamawiającego, a placówką Gwaranta, w której zamawiający ma złożyć wezwanie do zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji,

c) zrzuty ekranu na okoliczność tego, że pod adresem wskazanym w treści gwarancji znajduje się jedynie siedziba gwaranta otwarta do godz. 16:00.

Dowody Zamawiającego:

a) opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania" na okoliczność dokonania przez Zamawiającego prawidłowej wykładni art. 97 ust. 5 ustawy PZP w zakresie okresu na jaki winna być ustanowiona w postępowaniu gwarancja zabezpieczająca wadium, w szczególności ostatni dzień jej ważności.

Izba wzięła ww. dowody pod uwagę, jednak kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy jest dokumentacja postępowania, tj. w szczególności treść SWZ oraz gwarancji wadialnej przedłożonej przez Przystępującego. Ocena tychże dokumentów w połączeniu z przyjęciem określonego zapatrywania na zagadnienie prawne zaistniałe na tle stanu faktycznego niniejszej sprawy jest wystarczająca dla wydania rozstrzygnięcia, a przedłożone dowody stanowią jedynie pewne argumenty popierające twierdzenia stron postępowania odwoławczego, jednak niemające znaczenia kluczowego dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa wieży widokowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Sportowej w Słubicach – dokończenie robót budowlanych, sygnatura sprawy: ZP.271.1.2023.PG.

W rozdziale XVI SWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, wskazując na następujące wymogi dotyczące wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia:

„5. Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi być złożone jako oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej i spełniać co najmniej poniższe wymagania:

1) musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w ustawie Pzp.

2) z jej treści powinno jednoznacznej wynikać zobowiązanie gwaranta do zapłaty całej kwoty wadium;

3) powinno być nieodwołalne i bezwarunkowe oraz płatne na pierwsze żądanie;

4) termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą (z zastrzeżeniem iż pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert);

5) w treści poręczenia lub gwarancji powinna znaleźć się nazwa oraz numer przedmiotowego postępowania;

6) beneficjentem poręczenia lub gwarancji jest:

7) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 58 Pzp.), Zamawiający wymaga aby poręczenie lub gwarancja obejmowała swą treścią (tj. zobowiązanych z tytułu poręczenia lub gwarancji) wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub aby z jej treści wynikało, że zabezpiecza ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum)."

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 1 lutego 2023 r. w postępowaniu wpłynęły 3 oferty, w tym oferta Odwołującego opiewająca na 6 381 240, 00 zł brutto oraz oferta Przystępującego opiewająca na kwotę 5 750 000, 00 zł brutto. Trzecia z ofert była najdroższa i opiewała na kwotę 6 997 770, 70 zł brutto.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W treści gwarancji znalazły się m. in. następujące postanowienia:

- „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej określonej w § 1."

- „Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019, poz. 2019) z późn. zmianami (zwanej dalej „Ustawą") (…)".

- „Wezwanie do zapłaty winno być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta ze wskazaniem podstawy tego uprawnienia oraz zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który ma nastąpić zapłata z niniejszej gwarancji."

- Wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A., Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź".

- Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od dnia 01.02.2023 r. do dnia 2.03.2023 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji") i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie."

Pismem z dnia 7 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Przystępującego uzyskując 100 punktów. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 94,06 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Zasadę dotyczącą wnoszenia wadium oraz jego utrzymywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa z kolei art. 97 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym 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.

Obu ww. przepisów nie można interpretować rozszerzająco i przypisywać im szerszego zakresu niż wynika to z ich brzmienia. Podstawą dla takiego zapatrywania jest sankcyjny charakter art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. Wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą skutkuje bowiem odrzuceniem oferty wykonawcy i pozbawieniem go szansy na uzyskanie zamówienia publicznego.

W następnej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 10 ustawy PZP, w treści SWZ Zamawiający powinien określić wymagania dotyczące wadium, w tym jego kwotę, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium. Uznać zatem należy, że jeżeli Zamawiający przewiduje jakiekolwiek dodatkowe wymagania dotyczące zasad wnoszenia i utrzymywania wadium, to powinien je precyzyjne określić w treści SWZ.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie przewidział jakichś szczególnych regulacji, które modyfikowałyby zasady wynikające z przytoczonych przepisów. Zastosowanie znajdą zatem reguły ustawowe.

Przechodząc zatem do merytorycznego rozpoznania postawionego zarzutu wskazać należy, że Izba w niniejszym składzie orzekającym stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. Aby zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu, musiałaby zajść sytuacja, w której wykonawca wniósłby wadium w sposób nieprawidłowy. Aby zaś stwierdzić ową nieprawidłowość, należy wpierw ustalić, z czego ta nieprawidłowość wynika.

W tym przypadku musiałaby wynikać z przepisów prawa lub specyfikacji warunków zamówienia.

Odnosząc się zatem w pierwszej kolejności do zgodności przedłożonej gwarancji wadialnej z przepisami prawa, zdaniem Izby, z przepisu art. 97 ust. 5 ustawy PZP jednoznacznie wynika, że graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium jest ostatni dzień związania ofertą. Z żadnego innego przepisu PZP nie wynika również aby termin ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej miał być dłuższy by np. umożliwić zamawiającemu dochodzenie po dacie ważności gwarancji roszczeń z niej wynikających. Izba w tym zakresie w pełni podziela poglądy zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego.

Przechodząc dalej, Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków zamówienia jednoznacznie, że „termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą", zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest też niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

Nie określił również Zamawiający w SWZ żadnych wymogów, które odnosiłyby się np. do formy zgłoszenia wezwania

Gwarantowi (elektroniczna/pisemna) czy też sposobu jego doręczenia w sytuacji, gdy składane jest w formie pisemnej (przykładowo wprowadzając obowiązek przyjęcia żądania zapłaty nadanego pocztą w dniu ważności gwarancji). Wykonawcy mieli zatem dowolność w tym zakresie, a obecnie nie można nakładać na nich sankcji, które nie wynikają wprost z dokumentacji postępowania ani z przepisów ustawy PZP.

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.

Nieprawidłowości wniesionego wadium Odwołujący upatruje w tym, że biorąc pod uwagę jej treść, tj. obowiązek doręczenia wezwania do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta Gwarantowi pod adres jego placówki znajdujący się w Łodzi, realny termin jej obowiązywania skrócony jest do godziny 16:00 ostatniego dnia jej ważności, gdyż do tej właśnie godziny

otwarta jest placówka Gwaranta, pod którą należy doręczyć stosowne wezwanie, a tym samym takie wadium nie zabezpiecza w odpowiedni sposób interesów Zamawiającego.

Izba nie zgodziła się z ww. zapatrywaniem. Wskazać należy, że w treści gwarancji wadialnej wyraźnie określono ostatni dzień jej obowiązywania, poprzez podanie daty dziennej, tj. 2 marca 2023 r., która to data jest tożsama z dniem, w którym upływa termin związania ofertą. W treści tego dokumentu nie wskazano na żadną godzinę wcześniejszą tego dnia, w której obowiązywanie gwarancji by się kończyło, a więc stwierdzić należy, że gwarancja obowiązuje do końca dnia oznaczonego konkretną datą kalendarzową. Nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że przedłożona gwarancja obowiązuje de facto do godziny 16:00 ostatniego dnia jej obowiązywania. Takie postanowienie nie znalazło się w treści gwarancji. Nie zmienia powyższego obowiązek doręczenia stosownego wezwania w terminie obowiązywania gwarancji pod adres placówki gwaranta. Ponownie wskazać należy, że ani SWZ ani ustawa PZP nie nakłada w tym zakresie żadnych dodatkowych obowiązków na wykonawców. Jeśli wadium zostało wniesione w prawidłowej formie oraz terminie, a także zabezpiecza ofertę przez cały okres związania, nie ma podstaw do odrzucenia oferty.

Podkreślić ponownie należy, że przepisy art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy PZP należy interpretować zawężająco. Jedynie zaistnienie okoliczności wyraźnie w nich wskazanych może doprowadzić do odrzucenia oferty. Rozważania Odwołującego co do tego, czy Zamawiający zdąży wystąpić i doręczyć do Gwaranta wniosek o wypłatę wadium są rozważaniami hipotetycznymi. Hipoteza Odwołującego, że Zamawiający nie zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wniosku o zapłatę wadium nie może stanowić podstawy do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. Stwierdzenie takie stanowiłoby nadinterpretację przepisów ustawy PZP. Zwrócić również należy uwagę, że to zamawiający kieruje przebiegiem postępowania i powinien mieć na uwadze konieczność dokonania wszystkich niezbędnych czynności w terminie związania ofertą, a nie przerzucać na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą. Tak jak Odwołujący, tak też Zamawiający jest profesjonalistą. Ciąży zatem na nim rygor podwyższonej staranności w zakresie procedowania w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium.

Podsumowując zatem wskazać należy, że zdaniem Izby nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. Wadium zostało wniesione w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP oraz wymogami SWZ.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 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).

Przewodniczący: ……