Sygn. akt: KIO 2750/24

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Członkowie: Katarzyna Poprawa
Małgorzata Rakowska
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Carbo – Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krotoszynie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu-Zdroju**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Carbo – Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krotoszynie**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Carbo – Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krotoszynie** tytułem wpisu od odwołania,
- kwotę **3 600 zł 00 gr zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz
- kwotę **333 zł 40 gr** (słownie: trzysta trzydzieści trzy złote czterdzieści groszy),

poniesione przez zamawiającego – **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu-Zdroju**– tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Carbo – Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krotoszynie** na rzecz zamawiającego – **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu-Zdroju**– kwotę **3 933 zł 40 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści trzy złote czterdzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..
……..
…….

Sygn. akt: KIO 2750/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa, zabudowa i uruchomienie w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Bzie" Ruch „Borynia" kruszarki bębnowej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Carbo – Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku, Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krotoszynie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z

przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu w dniu 29 lipca 2024 roku oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, co zostało zakomunikowane odwołującemu pismem z dnia 29 lipca 2024 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy P.z.p. mające istotny wpływ na wynik postępowania, a to art. 226 ust. 1. pkt 14 w związku z art. 97 ust. 5 w związku z art. 362 pkt 1 w związku z art. 16 pkt 3 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. 2024, poz. 1061 z późn. zm., dalej „K.c.") poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr 913600074644 z dnia 21 czerwca 2024 roku (dalej „Gwarancja"), wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej „Gwarant"), skorygowana Aneksem nr 01 z dnia 1 lipca 2024 roku (dalej „Aneks"), stanowiąca wadium na potrzeby Postępowania, zgodnie z art. 97 ustawy P.z.p. i pkt. 11. Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu (dalej „SWZ"), nie zabezpiecza oferty prawidłowo, w szczególności nie pozwala na zatrzymanie wadium w okresie związania ofertą, w konsekwencji czego zamawiający odrzucił ofertę, podczas gdy w kontekście:

a. wyjaśnień Carbo-Eco z dnia 1 lipca 2024 roku, oświadczenia Gwaranta z dnia 1 lipca 2024 roku i treści Aneksu;

b. wieloletniej współpracy Zamawiającego i Carbo – Eco;

c. utrwalonej pomiędzy Zamawiającym i Carbo – Eco praktyki;

d. rzetelności Carbo – Eco w składaniu prawidłowych i pozbawionych wad ofert w postępowaniach przetargowych organizowanych przez JSW na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat,

nie ulegało wątpliwości, że doszło do oczywistej omyłki pisarskiej w treści gwarancji w części określającej termin ważności gwarancji, a zamiarem wykonawcy i gwaranta było zabezpieczenie oferty w postępowaniu na okres określony w SWZ, wobec czego zamawiający winien był w oparciu o zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. i zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z art. 65 § 1 K.c. ocenić, że gwarancja zabezpiecza ofertę w sposób prawidłowy i zgodny z SWZ, a oferta nie podlega odrzuceniu. Opisane powyżej naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem w sposób bezpośredni doprowadziło do odrzucenia oferty przez zamawiającego i wyeliminowania odwołującego z postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1/ uwzględnienie odwołania w całości;

2/ nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3/ nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego;

4/ obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;

5/ zasądzenie od spółki pod firmą Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według zasad określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 roku (Dz. U. 2020, poz. 2437).

6/ o dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów dla wykazania faktów wskazanych poniżej:

1. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu dla Carbo-Eco;

2. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu dla Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

3. informacją odpowiadająca odpisowi pełnemu dla Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

- dla wykazania faktu sposobu reprezentacji oraz dareprezentacji wszystkich członków Konsorcjum;

4. Umowa Konsorcjum;

5. pełnomocnictwo od Wrębowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dla Carbo-Eco;

6. pełnomocnictwo od Fugor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dla Carbo-Eco;

- dla wykazania faktu umocowania Carbo-Eco do reprezentacji Konsorcjum, w tym w szczególności do złożenia odwołania w Postępowaniu i udzielenia dalszych pełnomocnictw;

7. ogłoszenie o zamówieniu;

8. SWZ;

- dla wykazania faktu prowadzenia Postępowania przez Zamawiającego, charakteru Zamówienia jako dostaw i określenia przez JSW terminu związania ofertą na okres od dnia 25 czerwca 2024 roku do dnia 22 września 2024 roku;

9. Oferta;

- dla wykazania faktu złożenia przez Konsorcjum Oferty w Postępowaniu;

Gwarancja;

10.

- dla wykazania faktu złożenia Gwarancji wraz z Ofertą i zaistnienia oczywistej omyłki pisarskiej w treści Gwarancji w zakresie jej obowiązywania;

11. pełnomocnictwo od CE dla Pana R.J. na potrzeby postępowania;

- dla wykazania faktu istnienia umocowania Pana R.J. do składania oświadczeń i podejmowania działań za Konsorcjum w Postępowaniu;12. informacja z otwarcia ofert przez JSW w Postępowaniu;

- dla wykazania faktu terminowego złożenia Oferty przez Konsorcjum jako jedynej oferty w Postępowaniu, jak również istnienia wysokiego prawdopodobieństwa, że Zamówienie zostałoby udzielone Konsorcjum, gdyby Oferta nie została odrzucona przez Zamawiającego oraz istnienia interesu prawnego po stronie Konsorcjum w złożeniu odwołania w niniejszej sprawie;

13. pismo CE do JSW z dnia 1 lipca 2024 roku;

14. wniosek CE do Gwaranta – załącznik nr 1 do pisma CE z dnia 1 lipca 2024 roku;

15. oświadczenie Gwaranta – załącznik nr 2 do pisma CE z dnia 1 lipca 2024 roku;

16. Aneks – załącznik nr 3 do pisma CE z dnia 1 lipca 2024 roku;

17. e-mail CE do JSW z dnia 1 lipca 2024 roku;

18. dowód doręczenia e-maila CE do JSW z dnia 1 lipca 2024 roku;

19. tłumaczenie dowodu doręczenia e-maila CE do JSW z dnia 1 lipca 2024 roku;

20. e-mail CE do JSW z dnia 2 lipca 2024 roku;

21. e-mail CE do JSW z dnia 8 lipca 2024 roku;

22. wyrok KIO do sygn. akt: 1605/22 – załącznik do e-maila CE do JSW z dnia 8 lipca 2024 roku;

- dla wykazania faktu złożenia przez odwołującego wniosku do Gwaranta o udzielenie Gwarancji na okres od dnia 25 czerwca do dnia 25 września 2024 roku, istnienia po stronie Konsorcjum i Gwaranta woli zabezpieczenia Oferty na cały okres związania Ofertą, podjęcia przez odwołującego z własnej inicjatywy działań mających na celu sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w treści Gwarancji, niezwłocznie po jej wykryciu;

23. pismo JSW do CE z dnia 29 lipca 2024 roku;

24. e-mail JSW do CE z dnia 29 lipca 2024 roku;

- dla wykazania faktu odrzucenia oferty przez zamawiającego i doręczenia odwołującemu pisma zamawiającego w dniu 29 lipca 2024 roku;

25. przykłady klawiatur numerycznych do komputera;

- dla wykazania faktu prawdopodobnych przyczyn powstania omyłki w Gwarancji;

26. gwarancje wadialne udzielane przez CE dla JSW w latach 2023 – 2024;

27. referencje dla CE od JSW za lata 2017 – 2024;

- dla wykazania faktu wieloletniej współpracy Carbo-Eco z zamawiającym, wieloletniego doświadczenia Carbo-Eco w składaniu gwarancji wadialnych na rzecz zamawiającego i prawidłowego składania gwarancji wadialnych przez Carbo-Eco na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez zamawiającego, istnienia uzasadnionych podstaw do uznania przez zamawiającego, że termin obowiązywania Gwarancji w jej pierwotnej wersji zawierał oczywistą omyłkę pisarską, jak również istnienia wysokiego prawdopodobieństwa, że zamówienie zostałoby udzielone odwołującemu, gdyby oferta nie została odrzucona przez zamawiającego oraz istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego w złożeniu odwołania w sprawie;

7/ o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Pana R.J. (R.J.), wezwanie na adres: Carbo-Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 6, 43-190 Mikołów, e-mail: r., dla wykazania faktu:

a. złożenia przez odwołującego wniosku do gwaranta o udzielenie gwarancji na okres od dnia 25 czerwca do dnia 25 września 2024 roku;

b. istnienia po stronie odwołującego i gwaranta woli zabezpieczenia oferty na cały okres związania ofertą;

c. przyczyn braku wychwycenia oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji przez złożeniem oferty;

d. podjęcia przez odwołującego z własnej inicjatywy działań mających na celu sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w treści gwarancji, niezwłocznie po jej wykryciu;

e. wieloletniej współpracy Carbo-Eco z zamawiającym;

f. wieloletniego doświadczenia Carbo-Eco w składaniu gwarancji wadialnych na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez zamawiającego;

g. prawidłowego składania gwarancji wadialnych przez Carbo-Eco na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez Zamawiającego;

h. istnienia uzasadnionych podstaw do uznania przez zamawiającego, że termin obowiązywania gwarancji w jej pierwotnej wersji zawierał oczywistą omyłkę pisarską;

i. istnienia wysokiego prawdopodobieństwa, że zamówienie zostałoby udzielone odwołującego, gdyby oferta nie została odrzucona przez zamawiającego;

j. istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego w złożeniu odwołania w sprawie;

8/ o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron: za odwołującego winien być przesłuchany Prezes Zarządu Carbo – Eco Pan Ł.S., wezwanie na adres: Carbo-Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 6, 43-190 Mikołów, e-mail: l., dla wykazania faktu:

a. złożenia przez odwołującego wniosku do gwaranta o udzielenie gwarancji na okres od dnia 25 czerwca do dnia 25 września 2024 roku;

b. istnienia po stronie odwołującego i gwaranta woli zabezpieczenia oferty na cały okres związania ofertą;

c. przyczyn braku wychwycenia oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji przez złożeniem oferty;

d. podjęcia przez odwołującego z własnej inicjatywy działań mających na celu sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w treści gwarancji, niezwłocznie po jej wykryciu;

e. wieloletniej współpracy Carbo-Eco z zamawiającym;

f. wieloletniego doświadczenia Carbo-Eco w składaniu gwarancji wadialnych na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez zamawiającego;

g. prawidłowego składania gwarancji wadialnych przez Carbo-Eco na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez zamawiającego;

h. istnienia uzasadnionych podstaw do uznania przez zamawiającego, że termin obowiązywania gwarancji w jej

pierwotnej wersji zawierał oczywistą omyłkę pisarską;

i. istnienia wysokiego prawdopodobieństwa, że zamówienie zostałoby udzielone odwołującemu, gdyby oferta nie została odrzucona przez zamawiającego;

j. istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego w złożeniu odwołania w sprawie.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, że w skład konsorcjum wchodzą przedsiębiorcy, których zakres działalności i doświadczenie pozwala na prawidłową realizację zamówienia oraz spełnia wszystkie wymogi określone w SWZ. W efekcie odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Była to jedyna oferta.

Czynność zamawiającego w postaci nieuzasadnionego odrzucenia oferty pozbawiła odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Oznacza to, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. odwołujący poniósł szkodę pozostającą w adekwatnym związku przyczynowo – skutkowym z działaniem zamawiającego w postaci utraty korzyści majątkowych, które odwołujący mogłoby uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że gdyby nie odrzucenie oferty przez zamawiającego, istniało wysokie prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego. W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że zostały spełnione przez odwołującego wszystkie przesłanki materialnoprawne korzystania ze środków ochrony prawnej (złożenie odwołania), o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 sierpnia 2024 roku wniósł o:

1)oddalenie odwołania,
2)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według przedstawionej podczas rozprawy faktury i rachunków.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 27 maja 2024 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. Zgodnie z postanowieniami SWZ termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 25 czerwca 2024 roku, godzina 11:00. Jednym z wymogów SWZ było wniesienie przez wykonawcę wadium w kwocie 80.000,00 zł (pkt 11.1. SWZ) na okres związania ofertą (pkt 11.7. w związku z pkt. 14. SWZ), czyli od dnia 25 czerwca co najmniej do dnia 22 września 2024 roku. Wadium mogło być wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej o treści wprost wskazanej w SWZ (pkt 11.3. w związku z pkt. 11.4. SWZ) – dowód SWZ.

Zachowując termin na złożenie ofert odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Do oferty odwołujący załączył ubezpieczeniową gwarancję przetargową Nr 913600074644, wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. w Warszawie (gwarant), w której gwarant w pkt. 2 złożył oświadczenie:

Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 80 000,00 PLN (słownie: osiemdziesiąt tysięcy PLN), stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze zadanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji.

Zgodnie z pkt. 7 gwarancji:

Niniejsza Gwarancja ważna jest od dnia 25-06-2024 do dnia 05-09-2024 (okres ważności Gwarancji). Przez okres ważności Gwarancji rozumie się okres czasu, w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 4, skutkujących zatrzymaniem wadium (dowód oferta odwołującego wraz z gwarancją Nr 913600074644)

Pismem z dnia 29 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, co następuje:

Zamawiający informuje, iż z postępowania odrzucono ofertę konsorcjum w składzie: pełnomocnik - CarboEco Sp. z o.o., ul. Zwirki i Wigury 6, 43-190 Mikołów, członek - Fugor Sp. z o.o., ul. Zamkowy Folwark 1, 43-700 Krotoszyn, członek - Wrębowa Sp. z o.o., ul. Wrębowa 19, 44-200 Rybnik, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP, z uwagi na fakt, iż wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Uzasadnienie

Zgodnie z pkt. 14 SWZ wykonawcy są związani ofertą od dnia 25.06.2024 r. do 22.09.2024 r. Zgodnie z pkt. 11.7.

SWZ wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą za wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 PZP.

Wykonawca wraz z ofertą złożył ubezpieczeniową gwarancję przetargową Nr 913600074644 z dnia 21.06.2024 r. wystawioną przez TUiR WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie, przy rondzie I. Daszyńskiego 1, 00-843 Warszawa. Pkt 7 ww. gwarancji brzmi „Niniejsza Gwarancja ważna od dnia 25-06-2024 do dnia 05-09-2024 (okres ważności Gwarancji). ”

Komisja Przetargowa stwierdziła, iż złożona przez wykonawcę ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nie zabezpiecza oferty prawidłowo. W szczególności nie pozwala na zatrzymanie wadium w okresie związania ofertą wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu (okres związania ofertą wykonawców w postępowaniu nr 14/P/24 zawiera się bowiem w terminie od 25.06.2024 r. do 22.09.2024 r.)

Złożona przez wykonawcę ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nie zabezpiecza oferty w całym okresie związania ofertą.

Uwzględniając stan faktyczny oraz odnosząc się do zapisów SWZ i ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 97 ust. 5 PZP należy uznać, iż wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, ponieważ nie zabezpiecza ono oferty przez cały okres związania ofertą, tj. od 25.06.2024 r. do co najmniej 22.09.2024 r.

(dowód: pismo z dnia 29 lipca 2024 roku)

Odwołujący i gwarant w dniu 1 sierpnia 2024 roku zawarli aneks nr 01 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, w którym w ust. 7 zmienili termin ważności gwarancji ustalając go na okres 25 czerwca 2024 – 25 września 2024 roku *(dowód: aneks z dnia 1 sierpnia 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający był obowiązany i uprawniony do uznania, że ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr 913600074644 z dnia 21 czerwca 2024 roku, wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, skorygowana aneksem nr 1 z dnia 1 lipca 2024 roku, stanowiąca wadium na potrzeby postępowania, zgodnie z art. 97 ustawy P.z.p. i pkt. 11. SWZ zabezpiecza ofertę w sposób prawidłowy, tj. zgodny z przepisami ustawy P.z.p. oraz wymogami SWZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy P.z.p. w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Ustawa P.z.p. nie zawiera definicji wadium. Legalną definicję wadium zawiera art. 70^4 § 1 K.c., stanowiąc, iż w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). W świetle tego przepisu wadium to określona suma pieniężna, od której zapłaty lub zabezpieczenia zapłaty uzależniony jest udział w aukcji lub przetargu (zastrzeżenie pod rygorem odrzucenia oferty). W zamówieniach publicznych wadium może być wymagane w przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym oraz w negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, partnerstwie innowacyjnym i negocjacjach bez ogłoszenia, a także w trybie podstawowym.

Stosownie do treści art. 97 ust. 5 ustawy P.z.p., wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2023 r. poz. 462).

Wadium w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego spełnia kilka funkcji, w tym:

1) funkcja prewencyjno-stymulująca i selekcyjna, wynikająca z faktu, iż wadium jako faktyczny warunek uczestnictwa w postępowaniu zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p.) stanowi

barierę finansową, zmuszającą wykonawcę do starannego i realistycznego ukształtowania swojej oferty tak, aby w wypadku jej przyjęcia liczył się z potrzebą zawarcia, a potem wykonania umowy na zaproponowanych warunkach,

2) funkcja zabezpieczająca roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.),

3) funkcja kompensacyjna – wadium stanowi surogat odszkodowania dla zamawiającego, jeżeli zwycięski wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.),

4) funkcja sankcyjna na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki (art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p.).

W rozpoznawanym przypadku odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Umowa gwarancji ubezpieczeniowej i wykonywanie tej umowy należą do czynności ubezpieczeniowych, wymienionych w art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2024, poz. 838). Ustawa ta nie reguluje jednak zasad, na jakich winno zawierać się tego rodzaju umowy ani też warunków, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające fakt zawarcia takiej umowy. Niekiedy w piśmiennictwie przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa wywodzi się z umowy ubezpieczenia zawartej na rzecz osoby trzeciej.

Według art. 805 § 1 K.c. przez umowę ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 K.c. wyraźnie wskazuje, że umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na rzecz osoby trzeciej. W opisanym kształcie zakład ubezpieczeń, działając na zlecenie ubezpieczającego (wykonawcy), zobowiązywał się względem niego zapłacić ubezpieczonemu (zamawiającemu) określoną kwotę na wypadek zaistnienia określonego zdarzenia (zaistnienia okoliczności pozwalających na zatrzymanie zabezpieczenia).

Zważywszy na znaczenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polski ustawodawca w art. 97 ust. 5 ustawy P.z.p. wprowadził wymóg, 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. Naruszenie tego obowiązku, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p., obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W myśl wskazanego przepisu 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.

W rozpoznawanym przypadku z treści złożonej przez odwołującego gwarancji wynika, że jej ważność obowiązuje w okresie od dnia 25-06-2024 do dnia 05-09-2024. Wynika z tego, że oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Oznacza to, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy, a wykonawca nie zapewnił utrzymania wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, co uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż zamawiający winien był w oparciu o zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. i zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z art. 65 § 1 k.c. ocenić, że gwarancja zabezpiecza ofertę w sposób prawidłowy i zgodny z SWZ, a oferta nie podlega odrzuceniu.

Izba przyznaje, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Jednakowoż zwrócić należy uwagę, że co prawda podejście, zgodnie z którym czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konkursie, a także umowy powinny być oceniane zasadniczo przez pryzmat regulacji K.c., to jednak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulowanym ustawą P.z.p., a mającym doprowadzić do wyłonienia kontrahenta znajduje się szereg rozwiązań specyficznych, mających ze swojej istoty – przez narzucenie określonych schematów oraz zasad postępowania – jednak charakter publicznoprawny i przez to odmiennych od rozwiązań kodeksowych.

Do takich przepisów należy art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p., nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą. Podkreślenia przy tym wymaga, że okoliczność, czy wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy musi być oceniana na dzień składania ofert, który w tym przypadku określony był na dzień 25 czerwca 2024 roku. Zamawiający nie jest przy tym zobowiązany do dokonywania wykładni oświadczenia woli wyrażonej w dokumencie gwarancji, jeżeli treść tej gwarancji jest jasna i nie daje podstaw do stwierdzenia, że dotknięta jest oczywistą omyłką.

W orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej podkreślane jest dość powszechnie, iż

dyrektywy wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 § 1 K.c. mają zastosowanie tylko wówczas, gdy treść oświadczenia woli jest niejasna lub wieloznaczna. (zob. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r. sygn. I ACa 1640/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2874/21). Przykładem takiej niejasności może być np. treść gwarancji ocenianej przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt KIO 284/23 (wyrok z dnia 15 lutego 2023 roku), gdzie termin początkowy gwarancji był późniejszy niż jej termin końcowy.

W niniejszym przypadku nie można mówić jednak o jakiejkolwiek niejasności w treści gwarancji.

Zwrócić należy również uwagę na fakt, że dokonanie wykładni treści gwarancji w sposób żądany przez odwołującego jest niedopuszczalne również z uwagi na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim stopniem sformalizowania. Postępowanie zamawiającego zgodne z przepisami ustawy nie może być jednak utożsamiane z niepotrzebnym formalizmem. Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy, kreowane jest przez obowiązujące dla tej dyscypliny przepisy prawa i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Podkreślenia również wymaga, że odwołującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach. Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że odwołujący – nie dokonując weryfikacji treści gwarancji i składając ją w postępowaniu – nie wykazał, iż jego czynności cechowały się podwyższoną starannością.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest okoliczność, że odwołujący i gwarant w dniu 1 sierpnia 2024 roku zawarli aneks nr 01 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, w którym w ust. 7 zmienili termin ważności gwarancji ustalając go na okres 25 czerwca 2024 – 25 września 2024 roku. Jak to już wyżej wskazano, prawidłowe wniesienie wadium winno mieć miejsce przed upływem terminu składania ofert. Zawarcie aneksu w dniu 1 sierpnia 2024 roku, w sytuacji, gdy termin składania ofert został ustalony na dzień 25 czerwca 2024 roku, nie czyni zadość wskazanemu wymogowi.

Z uwagi na powyższe Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów oraz z zeznań świadka Pana R.J. oraz z zeznań stronna okoliczność złożenia przez Konsorcjum wniosku o udzielenie gwarancji na okres od dnia 25 czerwca do dnia 25 września 2024 roku, istnienia po stronie odwołującego i gwaranta woli zabezpieczenia oferty na cały okres związania ofertą, podjęcia przez odwołującego działań mających na celu sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w treści gwarancji, niezwłocznie po jej wykryciu, wykazania faktu prawdopodobnych przyczyn powstania omyłki w gwarancji, wykazania faktu wieloletniej współpracy Carbo-Eco z zamawiającym, wieloletniego doświadczenia Carbo-Eco w składaniu gwarancji wadialnych na rzecz zamawiającego i prawidłowego składania gwarancji wadialnych przez Carbo-Eco na rzecz zamawiającego w toku postępowań przetargowych organizowanych przez zamawiającego, istnienia uzasadnionych podstaw do uznania przez zamawiającego, że termin obowiązywania gwarancji w jej pierwotnej wersji zawierał oczywistą omyłkę pisarską. Przeprowadzenie wskazanych wyżej dowodów zmierzałoby w istocie do dokonania wykładni treści gwarancji, pomimo tego, że jej zapisy są jasne i nie wymagają dokonywania interpretacji, co – jak wyżej wskazała Izba – w świetle niniejszej sprawy należy uznać za niedopuszczalne.

Tym samym Izba, stwierdzając niezasadność odwołania, orzekła o jego oddaleniu.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr, stanowiącą uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania oraz kwoty 3 600 zł 00 gr i kwotę 333 zł 40 gr poniesione przez zamawiającego tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Zaliczona przez Izbę kwota poniesiona przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby stanowi ½ kwoty wynikającej ze złożonej przez zamawiającego faktury.

Zamawiający wraz z wnioskiem o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby złożył fakturę nr 72772/24 w wysokości 666 zł 80 gr, na którą to kwotę składają się: 586 zł 80 gr (koszt noclegu) oraz 80 zł 00 gr (koszt parkingu). Z faktury wynikają również daty przyjazdu pełnomocnika do hotelu (25 sierpnia br.) oraz jego wyjazdu (27 sierpnia 2024 roku).

Pełnomocnik nie ograniczył w żaden sposób kwoty kosztów dojazdu na posiedzenie Izby, co jest równoznaczne z tym, iż wniósł o zasądzenie tych kosztów w pełnej kwocie wynikającej z faktury.

Zgodnie z § 5 ust. 2 lit. a 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunku lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, związanych z dojazdem na posiedzenie lub rozprawę. W ocenie Izby koszty „uzasadnione" to koszty, które strona poniosła realizując dojazd na tę konkretną rozprawę, na której został złożony wniosek wraz fakturą lub spisem kosztów.

Z analizy treści faktury wynika, że pełnomocnik zamawiającego rozpoczął pobyt w hotelu w dniu 25 sierpnia br. Rozprawa w niniejszej sprawie miała zaś miejsce w dniu 27 sierpnia br. Zatem pobyt w hotelu w dniach 25-26 br., obejmujący jedną dobę hotelową i jedną dobę parkingową, nie był uzasadnionym kosztem przedmiotowego postępowania.

Ponadto z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że tę samą fakturę wraz z wnioskiem o zasądzenie kosztów dojazdu pełnomocnik zamawiającego złożył w sprawie sygn. akt KIO 2875/24, której termin został wyznaczony na dzień 26 sierpnia 2024 roku, co może uzasadniać stwierdzenie, że koszty noclegu i parkingu w okresie 25 – 26 sierpnia br. należą do kosztów postępowania odwoławczego w tej właśnie sprawie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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:……

I