Sygn. akt: KIO 2704/23

WYROK

z dnia 28 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2023 r. przez wykonawcę ALDUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielne Publiczne Sanatorium Rehabilitacyjne im. J.K. w Krasnobrodzie

przy udziale wykonawcy HAUSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty odwołania odnoszą się do części 1 zamówienia;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego ALDUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od odwołującego ALDUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Sanatorium Rehabilitacyjnego im. J.K. w Krasnobrodzie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2704/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Samodzielne Publiczne Sanatorium Rehabilitacyjne im. J.K. w Krasnobrodzie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę wyposażenia meblowego w ramach projektu „Przebudowa i rozbudowa kompleksu sanatoryjnego Samodzielnego Publicznego Sanatorium Rehabilitacyjnego im. J.K. w Krasnobrodzie" (numer referencyjny: SP.SAN. ZA.253.14.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 lipca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00319426/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 września 2023 r. wykonawca ALDUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia oraz wobec wyboru oferty wykonawcy HAUSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu (dalej jako „Przystępujący") w części 2 zamówienia i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł w sposób prawidłowy wymagane w postępowaniu wadium, które utrzymywał nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą i nie złożono także wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 - w konsekwencji oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona – w odniesieniu do którejkolwiek z części zamówienia: cz. 1, cz. 2;
2. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego w sytuacji, gdy treść oferty (wraz wadium) jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym spełnia wymagania z pkt. 12.6 SWZ - w konsekwencji oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona - w odniesieniu do którejkolwiek z części zamówienia: cz. 1, cz. 2;
3. art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego w sytuacji, gdy oferta

Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy Pzp - w konsekwencji oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona – w odniesieniu do którejkolwiek z części zamówienia: cz. 1, cz. 2;

4.art. 98 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt. 1 i w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowania i dokonanie zwolnienia gwaranta/poręczyciela z wszelkich zobowiązań wynikających z udzielonej w dniu 09.08.2023r gwarancji/poręczenia wadialnego nr: 902489/2023 na rzecz Odwołującego pomimo braku upływu terminu ważności oferty Odwołującego;

5.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego dla części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SWZ, ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący - w odniesieniu do cz. 2;

6.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 KC w zw. z art. 65 § 1 KC poprzez przyjęcie niekorzystnej dla Odwołującego i subiektywnej, nieznajdującej odzwierciedlenia w faktycznych zapisach treści złożonego przez Wykonawcę Poręczenia wadialnego nr 902489/2023 ich wykładni prowadzącej do bezpodstawnego uznania, że Poręczenie to zostało sformułowane w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP i jest także sprzeczne w wymogami zamawiającego wskazanymi w SWZ, w efekcie nie zabezpiecza interesów zamawiającego w sposób gwarantowany ww. przepisami i postanowieniami SWZ i tym samym wypełnia przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz art. 226 ust.1 pkt. 5 oraz art. 226 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp, podczas gdy językowa i obiektywna wykładnia tego dokumentu z uwzględnieniem obowiązujących przepisów do takiego wniosku nie prowadzi;

7.art. 17 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 97 ust 7 pkt 4) ustawy Pzp - poprzez nieuzasadnione dyskredytowanie oferty Odwołującego zabezpieczonej poręczeniem wadialnym i stawianie w uprzywilejowanej pozycji oferentów wnoszących wadium w pieniądzu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia oceny i odrzucenia oferty Odwołującego we wszystkich dwóch częściach zamówienia: cz. 1, cz. 2, unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Meble Mateusz Baczewicz dla części 1 zamówienia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego dla części 2 zamówienia, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego dla części cz. 2 zamówienia. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wedle norm prawem przewidzianych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż jego oferta spełnia wymagania zamówienia i nie ma żadnych podstaw do jej odrzucenia. Złożone przez Odwołującego poręczenie wadialne nr 902489/2023 jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, jak i wymogami zamawiającego wskazanymi w SWZ. Przedmiotowe poręcznie zabezpiecza interesy zamawiającego w sposób gwarantowany ww. przepisami i postanowieniami SWZ a zatem nie wypleniły się przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego. Poręcznie odwołuje się wprost do zapisów ustawy Pzp – § 1 zdanie ostatnie - *„Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w art. 98 ust. 6 Ustawy PZP"* § 2 Poręczenia wadialnego wprost stanowi, że: *„Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia organizowanego przez Zamawiającego na mocy Ustawy PZP, pod nazwą: Dostawa wyposażenia meblowego w ramach projektu „Przebudowa i rozbudowa kompleksu sanatoryjnego Samodzielnego Publicznego Sanatorium Rehabilitacyjnego im. J.K. w Krasnobrodzie" - nr ogłoszenia: 2023/BZP 00319426"*. Poręczenie wadialne zawiera wszelkie wymagania z SWZ- w tym pkt 12.6. SWZ- § 4 Poręczenia zdanie pierwsze:*„Poręczyciel wykonując zobowiązanie z tytułu udzielonego poręczenia dokona wypłaty wadium w sposób bezwarunkowy, nieodwołalny na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium (…)"*

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie uzasadnił w sposób faktyczny, jakie zapisy powodują, że jego interes nie został zabezpieczony. Jakiej konkretnie sytuacji Zamawiający się obawia, w które nie mógłby skorzystać z przedmiotowego poręczenia wadialnego? Zamawiający na potwierdzenie swojego stanowisko odwołuje się do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które nie są adekwatne do stanu faktycznego niniejszej spraw. Zamawiający powołuje się m.in. na wyroki KIO o sygn. akt 3730/22 oraz akt 1146/22. W sprawach tych były kwestionowane zupełnie inne zapisy gwarancji wadialnych niż te które obecnie próbuje kwestionować Zamawiający. Odwołujący wskazał ponadto, iż poręczenie wadialne zostało złożone na wzorze stosowanym przez poręczyciela w dziesiątkach innych postępowań, a jego treść jak dotąd nie była nigdy podważana przez zamawiających. Również sam Odwołujący z pozytywnym skutkiem korzystał z takich samych poręczeń wadialnych w innych postępowaniach o zamówienie publiczne. Dlatego też obecne stanowisko Zamawiającego jest dla Wykonawcy nieuzasadnione. Odwołujący wskazał, iż treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w dokumencie gwarancji podlega wykładni - jak każde inne oświadczenie woli, zgodnie z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, co zostało potwierdzone m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17. Dokonując wykładni treści gwarancji wadialnej należy również mieć na uwadze okoliczności i cel wniesienia wadium, tj. zagwarantowanie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma być finansowane ze środków publicznych. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż wykładnia

oświadczenia woli zawartego w dokumencie gwarancji wadialnej jest dopuszczalna.

Dalej Odwołujący wskazał, iż wniesienie wadium w formie niepieniężnej powinno dawać taki sam stopień zabezpieczenia jak wniesienie wadium w formie pieniężnej. W niniejszej sprawie tak jest. Poręczenie wadialne odwołuje się wprost do wymaganych przepisów ustawy Pzp i jest bezwarunkowe, nieodwołalne i płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego przyznając słuszność stanowisku Zamawianego należałoby dojść do wniosku, że jedyną możliwą formą wniesienia wadium jest tylko pieniądz a zatem przepis art. 97 ust 7 pkt 2) - 4) ustawy Pzp pozostawałby przepisem „martwym". Nie można się z tym zgodzić. Tym bardziej, że sprowadzałaby się to do uprzywilejowania oferenta wpłacającego wadium w pieniądzu, bowiem Zamawiający mógłby zawsze kwestionować zapisy gwarancji czy poręczeń wadialnych, na które de facto oferent nie ma wpływu. Odwołujący wskazał, iż istnieją wypracowane już od lat na rynku zamówień publicznych wzory gwarancji i poręczeń wadialnych, które nie były kwestionowane przez zamawiających publicznych. Z takiego właśnie produkty – poręczenia wadialnego skorzystał Odwołujący, mając za sobą liczne doświadczenia we współpracy z danym poręczycielem. Odwołujący wskazał, iż nie widzi w treści poręczenia wadialnego żadnego zagrożenia dla interesów Zamawiającego, a decyzję o odrzuceniu jego oferty uznaję jako dalece krzywdzącą.

W świetle powyżej przedstawionych argumentów zarzuty Zamawiającego, co do odrzucenia oferty Odwołującego wobec jej rzekomej niezgodności z wymaganiami zamówienia (SWZ) czy też złożenia wadium niezgodnego z wymaganymi ustawy Pzp są w ocenie Odwołującego niezasadne. Powyższe prowadzi do konkluzji, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SWZ i ustawą Pzp de facto bez szczegółowej analizy obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz wypracowanych przez banki, ubezpieczycieli oraz poręczycieli standardów rynkowych w zakresie udzielania zabezpieczeń wadialnych w zamówieniach publicznych. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia swojej czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wypleniły się bowiem przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz art. 226 ust.1 pkt. 5) oraz art. 226 ust.1 pkt. 3) ustawy Pzp. Zamawiający w tym stanie rzecz powinien dokonać ponownej oceny oferty Odwołującego i wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą dla części 2 zamówienia.

Zamawiający 22 września 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podniósł, iż prawidłowość gwarancji należy oceniać z punktu widzenia wymogów zawartych w SWZ oraz wymogów ustawowych. Gwarancją nieprawidłową jest gwarancja sprzeczna z ustawą Pzp lub SWZ co do jej formy lub treści w szczególności w zakresie postanowień określających obowiązki związane z procesem zatrzymywania i zwrotu wadium. Gwarant jako podmiot profesjonalnie (zawodowo) zajmujący się wydawaniem gwarancji wadialnych powinien znać wymogi ustawowe i dopilnować, aby treść gwarancji odpowiadała tym wymogom. Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien także dochować należytej staranności w procesie weryfikacji uzyskanych dokumentów gwarancyjnych, gdyż nie ma do nich zastosowania art. 128 ustawy Pzp. Obowiązkiem ustawowym zamawiającego jest zaś ocena prawidłowości wniesionych gwarancji z puntu widzenia treści art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż podjął decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy ze względu na uznanie za niezgodne z ustawą i w tym zakresie nieprawidłowe następujące zapisy gwarancji: *„Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku (…) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia, nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert".* Ustawa Pzp w art. 98 ust. 1 wskazuje przesłanki zwrotu wadium „z urzędu" tj. bez wniosku wykonawcy (upływ terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia). Jednocześnie w art. 98 ust. 2 ustawy wskazano przesłanki zwrotu wadium na wniosek wykonawcy (wycofanie oferty przed upływem terminu składania ofert; odrzucenie oferty wykonawcy; wybór najkorzystniejszej oferty (nie dotyczy wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza); unieważnienie postępowania, w przypadku, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia). Treść dokumentu gwarancyjnego będącego przedmiotem oceny zamawiającego wprowadza nieznane ustawie rozróżnienie przesłanek zwrotu wadium z punktu widzenia skutków jakie niosą one dla beneficjenta gwarancji oraz nieznane ustawie przesłanki zwrotu wadium:

a) przesłanki zwrotu wadium wskazane w art. 98 ust. 1 pkt 1, art. 98 ust. 1 pkt. 2, art. 98 ust. 2 pkt 2 i art. 98 ust. 2 pkt 4 w treści gwarancji nie zostały ujęte jako podstawy wygaśnięcia gwarancji wadialnej (oznacza to, że w tym zakresie gwarancja obowiązuje do momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 98 ust, 5 ustawy Pzp), zaś przesłanki zwrotu wadium wskazane w art. 98 ust. 1 pkt 3, art. 98 ust. 2 pkt 1 zostały ujęte jako podstawy wygaśnięcia gwarancji wadialnej (oznacza to, że w tym zakresie gwarancja obowiązuje do momentu wystąpienia przesłanek obligujących do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 98 ust. 5). Gwarant wprowadził tym samym nieznany ustawie sposób kategoryzowania podstaw zwrotu wadium z punktu widzenia skutku w postaci wygaśnięcia gwarancji. Przesłanki z art. 98 ust. 1 i z art. 98 ust. 2 zostały w swoisty sposób „wymieszane" w treści gwarancji w ten sposób,

że część (wybrana swobodnie przez gwaranta) z przesłanek zwrotu wadium „z urzędu" oraz część (wybrana swobodnie przez gwaranta) przesłanek zwrotu wadium „na wniosek" zostały ujęte w gwarancji jako podstawa wygaśnięcia automatycznego a pozostała część przesłanek z obu ww. grup ustawowych nie powoduje tego skutku. W efekcie w przypadku części podstaw zwrotu wadium wskazanych w art. 98 ust. 1 i 2 ustawy (wybranej swobodnie przez Gwaranta) zamawiający jest zabezpieczony gwarancją dłużej, a w pozostałych przypadkach krócej. Powyższe jest niezgodne z treścią art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy Pzp.

b)przesłanki zwrotu wadium wskazane w art. 98 ust. 1 pkt 2) i art. 98 ust. 1 pkt 3) zostały zmodyfikowane w stosunku do treści ustawy Pzp, bowiem autor dokumentu gwarancyjnego posłużył się pojęciem *„nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie".* Zapis ten jest zapisem niezgodnym z brzmieniem art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale też niejednoznacznym. Kontekst użycia ww. zapisu nie pozwala zamawiającemu na stwierdzenie czy pojęcie „ostatecznego zakończenia postępowania" oznacza wybór oferty (a jeśli tak to czy chodzi o czynność wyboru czy upływ terminu na wniesienie odwołania) czy podpisanie umowy. Oznacza to, że gwarancja obowiązuje do momentu bliżej niesprecyzowanego, wymagającego wykładni treści gwarancji i ustalenia zamiaru autora jej treści. Treści gwarancji nie można domniemywać, Zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować. Co więcej w świetle ustawy Pzp jak również orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta. Zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma on sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu na podstawie odpowiednich regulacji ustawowych. Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretne określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, że treść gwarancji powoduje, że wykonawcy wnoszący wadium w formie pieniężnej są traktowani nierówno z wykonawcą wnoszącym kwestionowany dokument gwarancyjny, bowiem: a) w przypadkach zwrotu wadium na podstawie art. 98 ust. 1 (np. art. 98 ust. 1 pkt 1) zwrot wadium wniesionego w pieniądzu odbywać się będzie w ramach czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z treścią ustawy w terminie 7 dni od dnia wystąpienia przesłanki zwrotu wadium, zaś w przypadku wykonawcy, który złożył kwestionowany dokument gwarancyjny gwarant zostanie zwolniony z długu automatycznie i od razu w dniu jej wystąpienia (bez działania zamawiającego wymaganego art. 98 ust. 5 ustawy); b) w przypadkach zwrotu wadium na podstawie art. 98 ust. 2 (np. art. 98 ust. 2 pkt 1) zwrot wadium wniesionego w pieniądzu odbywać się będzie w ramach czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z treścią ustawy w terminie 7 dni od dnia złożenia przez tego wykonawcę wniosku, zaś w przypadku wykonawcy który złożył kwestionowany dokument gwarancyjny gwarant zwolniony z długu automatycznie i od razu w dniu wystąpienia okoliczności będącej podstawą złożenia wniosku o zwrot wadium (bez wniosku wykonawcy o zwrot wadium i bez działania zamawiającego wymaganego art. 98 ust. 5 ustawy).

Zamawiający zauważył, że KIO w wyroku z dnia 22 marca 2023 roku (sygn. KIO 669/23) podkreśliło cyt.*„dokument poręczenia przewiduje wygaśnięcie wadium w sytuacjach, które w świetle ustawy takim wygaśnięciem skutkować nie mogą, a które stanowią jedynie podstawę do zwrotu wadium. (…) Przede wszystkim podkreślić należy, bezpodstawne jest utożsamianie zwrotu wadium z wygaśnięciem wadium. Złożenie wniosku o zwrot wadium w świetle przepisów ustawy powoduje obowiązek jego zwrotu. Zamawiający powinien tego dokonać niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku (art. 98 ust. 2 ustawy Pzp), składając poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp). Zwolnienie wadium nie następuje zatem automatycznie z chwilą złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego dokonanej w ustawowym terminie."* Analogicznie, wystąpienie ustawowych przesłanek zwrotu wadium „z urzędu" nie skutkuje automatycznym zwolnieniem z wadium a stanowi podstawę do dokonania jego zwrotu, który w przypadku gwarancji wykonywany jest poprzez złożenie stosownego oświadczenia zamawiającego (patrz art. 98 ust. 5 ustawy Pzp). Treść przepisów art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp czynność dokonania zwrotu wadium wiąże z aktywnym zachowaniem się zamawiającego cyt. „zamawiający zwraca wadium". Dodatkowo ustawa zakreśla 7-dniowy termin na wykonanie tej czynności. Jest to przepis jednoznaczny w wykładni gramatycznej, nie wskazujący wyjątków (wskazujących, że zwrot wadium może nastąpić w inny sposób), nie wymagający także stosowania w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych metod wykładni koniecznych w przypadku, gdy wykładnia tekstu ustawy gramatyczna daje wynik niejednoznaczny. Jednocześnie ustawodawca przesądza, że w przypadku, gdy wadium wnoszone jest w formie gwarancji wydanej przez upoważniony podmiot, zgodnie z treścią art. 98 ust. 5 ustawy zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Ustawa nie przypisuje zatem skutku zwrotu wadium (także w przypadku jego wniesienia w formie gwarancji) momentowi zakreślonemu przez gwaranta (w szczególności, jeśli jest momentem lub czynnością inną niż zakreślone ustawowo). W tym kontekście oceniana gwarancja wadialna jest nieprawidłowa bowiem - odmienne od wymogów

ustawowych – zawiera zapisy o jej wygaśnięciu w momencie wystąpienia przesłanki zwrotu wadium lub złożenia wniosku o zwrot wadium z pominięciem czynności zwrotu wadium określonej w ustawie - będącej prerogatywą zamawiającego. Ze wskazanych przepisów art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika jednoznacznie, że ustawodawca odróżnia wystąpienie przesłanki zwrotu wadium od czynności zwrotu wadium. Obie te czynności nie występują automatycznie w tym samym momencie na osi czasu. Analiza treści ww. przepisów ustawy wskazuje na to, że dokument gwarancyjny złożony przez wykonawcę pozbawia zamawiającego możliwości wykonania obowiązku ustawowego wskazanego w art. 98 ust. 5 ustawy (czyni to w sposób nieprzewidziany w ustawie Pzp) poprzez przypisanie okolicznościom stanowiącym podstawę wykonania tej czynności skutku w postaci automatycznego wygaśnięcia gwarancji.

Reasumując, Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje swoje stanowisko o wystąpieniu podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium w postaci gwarancji wadialnej niejednoznacznej w treści co do podstaw jej wygaśnięcia oraz sprzecznej z przepisami art. 98 ustawy Pzp. Wygaśnięcie gwarancji wadialnej przedwcześnie (w porównaniu do momentu przewidzianego przepisami Pzp) eliminuje bufor czasowy (gwarantowany ustawowo) który występuje pomiędzy momentem wystąpienia przesłanki zwolnienia z długu a samym zwolnieniem z długu jako czynnością prawną niosącą przecież daleko idące skutki dla obu stron. W sposób oczywisty likwidacja tego buforu jest korzystna dla Gwaranta bowiem obniża ryzyko wypłaty sumy gwarancyjnej (brak konieczności oczekiwania na zwolnienie z długu przez beneficjenta gwarancji) jednak Gwarant pobiera wynagrodzenie za to ryzyko i nie może go eliminować w sposób powodujący obejście regulacji ustawowych. Gdyby ustawodawca chciał, aby gwarancje wadialne wygasały z mocy prawa lub aby stosunek zobowiązaniowy będący ich treścią przestawał wiązać automatycznie z dniem wystąpienia podstawy złożenia oświadczenia o zwolnieniu z długu – to zakładając jego racjonalność – przyjąłby w tym zakresie odpowiednie unormowania. Jednak w sposób bardzo klarowny zdecydował, że odróżni wystąpienie podstawy zwrotu wadium (podstawy zwolnienia z długu) oraz czynności zwrotu wadium (zwolnienia z długu) – czyniąc to zarówno w sferze czasowej jak i podstawy ich wystąpienia (podstawą zwolnienia z długu jest okoliczność stanowiąca podstawę zwrotu wadium zaś zwolnienie z długu ma miejsce w momencie złożenia oświadczenia zamawiającego). Treść ocenianej gwarancji ten podział niweluje godząc z ten sposób w cel regulacji ustawowej oraz powodując nierówne traktowanie wykonawców (naruszenie art. 16 ustawy Pzp).

Jednocześnie zamawiający zauważył, że w przypadku części pierwszej postępowania oferta wykonawcy nie jest najkorzystniejsza, zaś wybór oferty najkorzystniejszej nie został zaskarżony. W efekcie ewentualne uznanie odwołanie za zasadne nie może mieć w tej części wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący 22 września 2023 r. złożył pismo procesowe zawierające dodatkową argumentację w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę HAUSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczyły części 1 zamówienia. Odwołanie w tym zakresie zostało przez Odwołującego wycofane na rozprawie w dniu 25 września 2023 r.

Izba uznała, iż Odwołującyjako wykonawca, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego wraz z poręczeniem wadialnym, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. oświadczenia poręczyciela z dnia 21 września 2023 r. oraz korespondencji mailowej prowadzonej przez Odwołującego z poręczycielem, na okoliczności wskazane przez Odwołującego. Izba uznała dokumenty te za wiarygodne, niemniej niemające przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż wyposażenia meblowego w ramach projektu „Przebudowa i rozbudowa kompleksu sanatoryjnego Samodzielnego Publicznego Sanatorium Rehabilitacyjnego im. J.K. w Krasnobrodzie". Zamówienie podzielone zostało na dwie części:część 1 - „Dostawa i montaż mebli dla części mieszkalno-noclegowej", część 2 - „Dostawa i montaż mebli dla części reprezentacyjnej, socjalnej oraz biurowej".

W Rozdziale 12 SWZ Zamawiający przewidział następujące wymagania dotyczące wadium:

12.1 Wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości:

12.1.1 dla części 1 zamówienia: 8 000,00 PLN
(słownie: osiem tysięcy zł i 00/100),

12.1.2 dla części 2 zamówienia: 4 000,00 PLN
(słownie: cztery tysiące zł i 00/100).

12.2. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

a) pieniądzu;
b) gwarancjach bankowych;
c) gwarancjach ubezpieczeniowych;
d) 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.

12.3 Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na następujący rachunek bankowy Zamawiającego: (…)

12.4 Za skuteczne wniesienie wadium w pieniądzu, Zamawiający uzna wadium, które zostanie zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

12.5 Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej – przed upływem terminu składania ofert.

12.6 W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, lub poręczenia gwarancja lub poręczenie musi być nieodwołalne, bezwarunkowe i płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, sporządzone zgodnie z obowiązującymi przepisami i powinna zawierać następujące elementy:

a) nazwę: dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (zamawiającego), gwaranta lub poręczyciela oraz wskazanie ich siedzib,
b) kwotę wadium,
c) termin ważności gwarancji/poręczenia w formule: „od dnia ……. – do dnia ……",
d) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia kwoty wskazanej w gwarancji/poręczeniu na pierwsze żądanie zamawiającego w sytuacjach zatrzymania wadium określonych w przepisach ustawy.

12.7. 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 ustawy Pzp.

12.8. Zasady dokonywania zatrzymania i zwrotu wadium określono w przepisach art. 98 ustawy Pzp.

Odwołujący wraz z ofertą złożył poręczenie wadialne nr 902489/2023 udzielone na okres do dnia: 2023-09-18.

W § 5 ust. 2 ww. dokumentu wskazano: „Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia, nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty." Zgodnie z ust. 3 „Dokument poręczenia powinien zostać zwrócony Poręczycielowi niezwłocznie po upływie terminu ważności poręczenia, jednakże zobowiązanie z tytułu poręczenia wygasa pomimo niezwrócenia go Poręczycielowi."

Zamawiający pismem z 7 września 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych, w tym o wyborze w zakresie części 2 oferty Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w obu częściach zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3) w związku z art. 16, art. 226 ust. 1 pkt. 5), art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp.

Uzasadniając ww. decyzję Zamawiający wskazał na treść ww. przepisów oraz pkt 12.6 SWZ. Zamawiający w wyniku analizy treści złożonego przez wykonawcę Poręczenia wadialnego nr 902489/2023 stwierdził, że zostało sformułowane w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Jest także sprzeczne w wymogami zamawiającego wskazanymi w SWZ. W efekcie nie zabezpiecza interesów zamawiającego w sposób gwarantowany ww. przepisami i postanowieniami SWZ i tym samym wypełnia przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz art. 226

ust.1 pkt. 5) oraz art. 226 ust.1 pkt. 3) ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż w złożonym wraz z ofertą dokumencie wadialnym gwarant zamieścił oświadczenie cyt.: *„Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia, nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty."* Ustawa pzp przewiduje dwa sposoby zwrotu wadium. Pierwszy z nich to zwrot związany w wystąpieniem ustawowych przesłanek którymi są: upływ terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Zamawiający zwraca w ww. przypadkach wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności. Drugi sposób zwrotu wadium to zwrot na wniosek wykonawcy, który może złożyć go po wystąpieniu ustawowych przesłanek: 1) wycofania oferty przed upływem terminu składania ofert; 2) odrzucenia oferty wykonawcy; 3) wyboru najkorzystniejszej oferty (nie dotyczy wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza); 4) unieważnienia postępowania w przypadku, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Zwrot wadium na wniosek wykonawcy następuje niezwłocznie, nie później jednak niż po upływie 7 dni od dnia złożenia wniosku. Złożenie przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający zauważył, że należy odróżnić instytucję wygaśnięcia gwarancji wadialnej od zwrotu wadium. Rozwiązanie stosunku prawnego między zamawiającym a wykonawcą nie jest równoznaczne z wygaśnięciem gwarancji. Jak stanowi art. 98 ust. 5 p.z.p., do zwolnienia gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji niezbędne jest oświadczenie zamawiającego o zwolnieniu wadium. Takie ukształtowanie instytucji zwolnienia wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt 3730/21 oraz z dnia 19 maja 2022 sygn. akt 1146/22 stwierdziła, że gwarancja bankowa nie powinna zawierać zapisów przewidujących jej automatyczne wygaśnięcie w przypadkach, w których zgodnie z ustawą zwrot wadium następuje na skutek oświadczenia zamawiającego o zwolnieniu z długu. Należy wskazać, że w świetle przytoczonych wyroków KIO oceniane poręczenie nie spełnia wymogu określonego w art. 98 ust.5 ustawy Pzp, zgodnie z którym *„zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium" […]* Przepis ten – przy założeniu prawidłowości treści poręczenia - pozostałby martwy z uwagi na to, że każdorazowo w sytuacji, gdy zamawiający unieważniłby postępowanie to gwarancja wygasałaby samoistnie. Przesłanki wygaśnięcia wskazane w poręczeniu prowadzą do przedwczesnego wygaśnięcia wadium, przed dokonaniem jego zwrotu przez Zamawiającego regulowanego przepisami art. 98 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji do zwolnienia się Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji. *„Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wikłanie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczanego zobowiązania"* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt. IV CSK 86/17). Również w wyroku z dnia 22 marca 2023 roku (sygn. KIO 669/23) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że *„Przede wszystkim podkreślić należy, bezpodstawne jest utożsamianie zwrotu wadium z wygaśnięciem wadium. Złożenie wniosku o zwrot wadium w świetle przepisów ustawy powoduje obowiązek jego zwrotu. Zamawiający powinien tego dokonać niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku (art. 98 ust. 2 ustawy Pzp), składając poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp). Zwolnienie wadium nie następuje zatem automatycznie z chwilą złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego dokonanej w ustawowym terminie. W uzasadnieniu do Rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych (druk nr 3624) wskazano, że co do zasady zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu. Zgodnie natomiast z art. 508 Kc zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje."*

W ocenie Zamawiającego, postanowienia poręczenia wadialnego stoją w sprzeczności z treścią art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. Wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu, zwracane jest przez Zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia o zwolnieniu wadium. Tymczasem z postanowień poręczenia wadialnego złożonego przez Wykonawcę wynika, że wygasa ono automatycznie w przypadkach w nim opisanych, z pominięciem czynności Zamawiającego wskazanej w art. 98 ust. 5 oraz z pominięciem 7-dniowego terminu wynikającego z art. 98 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w

granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14, art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, art. 98 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt. 1 i w zw. z art. 266 ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 KC w zw. z art. 65 § 1 KC oraz art. 17 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 97 ust 7 pkt 4) ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadne. Mając na uwadze, iż wszystkie wskazane w *petitum* odwołania zarzuty zostały oparte na tożsamej podstawie faktycznej Izba odniesie się do nich w sposób łączny.

Przywołując treść przepisów będących podstawą zarzutów oraz mających znaczenie dla rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: (…) 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2023 r.). Zgodnie z art. 98 ust. 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; 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Ust. 2 stanowi, iż zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert; 2) którego oferta została odrzucona; 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Zgodnie z ust. 3 złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. W myśl ust. 4 zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Zgodnie z ust. 5 tego przepisu zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Z kolei ust. 6 stanowi, iż Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej; 2) wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; (…) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…) 14) 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. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż 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 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2 tego przepisów stanowi, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Zgodnie z art. 65^1 Kodeksu cywilnego przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający podziela i przyjmuje za własne poglądy wyrażone w orzecznictwie przywołanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, tj. w wyrokach z dnia 17 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3730/21, KIO 3732/21, z dnia 19 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1146/22 oraz z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt KIO 669/23, w których Izba wskazała na wadliwość postanowień przewidujących automatyczne wygaśnięcie zabezpieczenia (gwarancji/ poręczenia)

w przypadku, kiedy ustawa Pzp dla zwolnienia gwaranta/poręczyciela z odpowiedzialności z tytułu wadium przewiduje konieczność złożenia przez zamawiającego oświadczenia o zwolnieniu wadium.

W przypadku wniesienia wadium w innej formie niż pieniężna ustawodawca uregulował w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp zasady dotyczące zwrotu takiego wadium. Przepis ten odnosi się do sytuacji, w których zachodzi konieczność zwolnienia wadium przed upływem terminu jego ważności. Jak wskazano w komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych (H. Nowak, M. Winiarz (red.) „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II", Warszawa 2023) art. 98 ust. 5 ustawy Pzp *„obliguje zamawiającego do przedwczesnego zakończenia stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwrot wadium w formie gwarancji lub poręczenia następuje poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwolnienie z wadium można przede wszystkim kwalifikować jako zwolnienie z długu albo odstąpienie od umowy gwarancji lub poręczenia. Pzp nie przewiduje szczególnej formy dla oświadczenia o zwolnieniu wadium, decydująca jest zatem w tym zakresie treść stosunku gwarancji."* Analogiczne stanowisko przedstawiono w uzasadnieniu projektu ustawy Pzp (Druk sejmowy nr 3624 Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Ustawodawca w omawianym przepisie jednoznacznie przesądził, że zwolnienie wadium wniesionego w formie niepieniężnej przed upływem terminu jego ważności następuje poprzez złożenie stosownego oświadczenia przez zamawiającego. Oświadczenie takie składane jest poręczycielowi/gwarantowi i ma doniosłe znaczenie – prowadzi do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy poręczycielem/gwarantem a zamawiającym. Ustawa Pzp obciąża instytucję zamawiającą określonymi obowiązkami, tj. wskazuje przypadki, w których aktualizuje się obowiązek zwrotu wadium (z urzędu lub na wniosek) i określa maksymalny czas na złożenie przez zamawiającego stosownego oświadczenia, jednak zakończenie stosunku gwarancji/poręczenia ustawa jednoznacznie uzależnia od złożenia przez zamawiającego oświadczenia o zwolnieniu wadium. Zwolnienie wadium nie następuje zatem automatycznie z chwilą zaistnienia określonego zdarzenia lub złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego. Przewidziane w treści poręczenia wadialnego zabezpieczającego ofertę Odwołującego automatyczne wygaśnięcie zobowiązania prowadzi zaś do samodzielnego zwolnienia się poręczyciela z odpowiedzialności z tytułu poręczenia przed upływem terminu jego ważności, co stoi w sprzeczności z art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. Jako przykład można wskazać tu chociażby na sytuacje opisane w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, których zaistnienie powoduje obowiązek zwrotu wadium, ale dopiero po złożeniu przez wykonawcę stosownego wniosku. Treść oświadczenia poręczyciela przewiduje zaś w § 5 ust. 2 automatyczne wygaśnięcie zabezpieczenia po zaistnieniu określonego zdarzenia (np. wycofania oferty czy nie wybrania oferty Odwołującego), niezależnie od tego, czy wykonawca w ogóle złożył wymagany ustawą Pzp wniosek. Tymczasem w przypadkach określonych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp to dopiero złożenie takiego wniosku rozwiązuje stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (por. art. 98 ust. 3 ustawy Pzp) i aktualizuje obowiązek zwrotu wadium. Przedmiotowe poręczenie wygaśnie zatem automatycznie w chwili zaistnienia danego zdarzenia, pomimo że stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą może nadal trwać, a obowiązek zwolnienia wadium jeszcze się nie zaktualizuje.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający „nie uzasadnił, jakie zapisy powodują, że jego interes nie został zabezpieczony." Izba stwierdziła, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w jednoznaczny sposób wskazał, co stało się przyczyną takiego działania – zawarcie w treści poręczenia § 5 ust. 2 przewidującego automatyczne wygaśnięcie gwarancji w sytuacjach tam wymienionych, stało w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż takie regulacje prowadzić mogą do przedwczesnego wygaśnięcia wadium, przed złożeniem przez Zamawiającego wymaganego ustawą Pzp oświadczenia o zwolnieniu wadium, wskazał też na stosowne orzecznictwo, na którym oparł swoje stanowisko. W treści odwołania nie przedstawiono argumentacji, która przeczyłaby stanowisku Zamawiającego wyrażonemu w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołanie w zasadzie w ogóle nie odniósł się ani do braku korelacji między § 5 ust. 2 poręczenia a art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy Pzp, ani do wniosków wynikających z orzecznictwa, na którym oparł się Zamawiający. Odwołujący jedynie wskazał lakonicznie, iż w sprawach sygn. akt KIO 3730/22 oraz KIO 1146/22 „były kwestionowane zupełnie inne zapisy gwarancji wadialnych niż te, które obecnie próbuje kwestionować zamawiający" niemniej, poza tym gołosłownym spostrzeżeniem nie przedstawił żadnej analizy w tym przedmiocie, nie wyjaśnił dlaczego jego zdaniem orzeczenia te miałyby być nieadekwatne do przedmiotowego sporu. W ocenie Izby wyroki te zapadły w podobnych stanach faktycznych i brak było podstaw, aby rozpoznawaną sprawę ocenić inaczej. Na powyższe nie wpływa okoliczność, że ww. orzeczenia dotyczyły wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a nie poręczenia. Oba te orzeczenia odnosiły się do sytuacji, w której treść dokumentu wadialnego (gwarancji) zastrzegała automatyczne wygaśnięcie zabezpieczenia i nie uwzględniała regulacji wskazanej w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, w obu tych orzeczeniach stwierdzono niezgodność takiego mechanizmu z przepisami ustawy Pzp. Za adekwatny do stanu faktycznego rozpoznawanej obecnie sprawy należy uznać także wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 669/23, w którym dokonano oceny postanowień przewidujących automatyczne wygaśnięcie poręczenia. Do tego orzeczenia Odwołujący w ogóle się nie odniósł, mimo iż zostało ono zacytowane przez

Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego i stanowiło podstawę jego decyzji.

Izba stwierdziła ponadto, iż treść odwołania była dość ogólna i poza rozbudowaniem w petitum listy podnoszonych zarzutów, nie przedstawiono w spornym zakresie szczegółowej argumentacji, w tym – jak wskazano już powyżej - co do kluczowej kwestii, tj. zgodności przewidzianego w oświadczeniu poręczyciela automatycznego wygaśnięcia poręczenia z regulacjami ustawowymi. W odwołaniu powołano się jedynie na okoliczność, że poręczenie zostało złożone na wzorze stosowanym przez poręczyciela w dziesiątkach innych postępowań, którego treść nie była dotychczas podważana i z którego Odwołujący już wielokrotnie korzystał. Niemniej sam fakt, że wzór poręczenia stosowany przez poręczyciela jest wykorzystywany przez niego w praktyce i nie był dotychczas kwestionowany nie świadczy o tym, że jest on zgodny z przepisami ustawy Pzp. Nie potwierdzają tego również dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, tj. oświadczenie poręczyciela oraz prowadzona z nim korespondencja mailowa. Z dokumentów tych wynika jedynie to, że treść poręczenia nie była dotychczas kwestionowana, że poręczyciel powszechnie stosuje ten wzór w swojej działalności oraz, że w razie konieczności zaktualizuje treść dokumentów. Dowody te nie dotyczą kwestii zgodności stosowanych przez poręczyciela mechanizmów z ustawowymi wymaganiami, nie wykazują także praktyki rynkowej, lecz praktykę jednego, konkretnego poręczyciela. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, które wskazywałyby na praktykę rynkową, dlatego za nieudowodnione należy uznać jego twierdzenia, iż istnieją wypracowane już od lat na rynku wzory gwarancji i poręczeń wadialnych, które nie były kwestionowane przez zamawiających. Jedynie na marginesie należy wskazać, że odpowiednio stała praktyka co prawda może prowadzić do ukształtowania się zwyczaju, który wypełni lukę w prawie stanowionym, jednak rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z takim przypadkiem, ponieważ stosowana przez poręczyciela praktyka pozostaje w kolizji z istniejącą ustawową regulacją, pozostawiającą w gestii instytucji zamawiającej uprawnienie do zwolnienia wadium przed upływem terminu jego ważności poprzez złożenie stosownego oświadczenia.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego przedstawionego w piśmie z dnia 22 września 2023 r. należy po pierwsze wskazać, iż argumentacja tam zawarta również nie porusza kluczowej na kanwie przedmiotowego sporu kwestii – tj. przewidzianych w treści poręczenia postanowień przewidujących automatyczne wygaśnięcie poręczenia. Po drugie, chybione jest powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, że Zamawiający obciążył wykonawcę obowiązkami, które nie znajdowały odzwierciedlenia w treści SWZ. W treści SWZ Zamawiający wskazał, iż zasady dokonywania zatrzymania i zwrotu wadium określono w przepisach art. 98 ustawy Pzp (pkt 12.8 SWZ). Zamawiający nie miał obowiązku artykułowania w treści SWZ konkretnych wymagań w tym zakresie, ponieważ wynikały one wprost z ustawy Pzp. W przedmiotowym przypadku, wbrew stanowisku Odwołującego, nie doszło więc do obciążenia wykonawcy obowiązkami, które nie wynikały z treści dokumentów zamówienia. Nie mamy tu do czynienia także z jakąkolwiek niejednoznacznością, która mogłaby uzasadniać rozstrzygnięciem ewentualnych wątpliwości na korzyść wykonawcy. Po trzecie, nie jest właściwe powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, jakoby Zamawiający oczekiwał utrzymywania wadium przez czas dłuższy niż termin związania ofertą. Jak wskazano już powyżej, przewidziany w ustawie Pzp obowiązek wykonania przez Zamawiającego czynności zmierzających do zwolnienia wadium odnosi się do przypadków, kiedy konieczność zwolnienia wadium zajdzie przed upływem terminu, na jaki zostało ono wniesione. Nie mamy tu zatem do czynienia z sytuacją, w której dochodziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia okresu ważności wadium ponad ustawowo wymagany. W konsekwencji nie jest także adekwatne przywołane w piśmie procesowym Odwołującego orzecznictwo Izby i Sądu Zamówień Publicznych, które zapadło na gruncie odmiennych stanów faktycznych (dotyczyło kwestii wydłużenia okresu ważności wadium ponad ustawowo wymagany w celu realizacji uprawnień Zamawiającego związanych z zatrzymaniem wadium).

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia 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 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba oddaliła odwołanie, wobec czego kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego, zaliczając na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania i zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, który reprezentował Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.

Przewodniczący: ……