

Sygn. akt: KIO 3189/20

WYROK
z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2020 r.**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 grudnia 2020 r.** przez wykonawcę **Veolia Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Łubniany,**

przy udziale wykonawcy **PLADA Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzęstowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Gminie Łubniany unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Plada Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowania z pkt 5.6 ppkt 1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.**

- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Łubniany** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Veolia Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Gminy Łubniany** na rzecz wykonawcy **Veolia Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **155 zł 29 gr** (słownie: sto pięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia dziewięć groszy) jako zwrot kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 3 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Veolia Zachód Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Łubiany (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. Zarządzanie i eksploatacja siecią wodną na terenie gminy Łubniany w modelu partnerstwa publiczno – prywatnego (dalej „**Postępowanie**”):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Plada pomimo, że wadium zostało wniesione przez Plada w sposób nieprawidłowy, tj. niezgodny z SIWZ, co polega na tym, że gwarancja wadialna nr KLG69520IN20 z dnia 11.03.2020 r. wystawiona przez ING Bank Śląski S.A. na zlecenie Plada oraz załączona do oferty zawiera postanowienie: Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu, podczas gdy zgodnie z pkt 8.5 zd. ostatnie (Rozdział 8) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”): Zamawiający nie dopuszcza możliwości umieszczenia w treści gwarancji klauzuli dotyczącej pośrednictwa podmiotów trzecich;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz brak wezwania do uzupełnienia wykazu osób, pomimo że z dokumentów tych nie wynika, że Plada spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w sekcji III. 1.3) pkt 1 lit. d) ogłoszenia o zamówieniu (pkt 4.5. pkt 1 lit. d SIWZ) tj. że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w okresie przewidzianym na realizację zamówienia jedną osobą posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Plada na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP lub w razie

nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 1) powyżej: wezwania Plada do uzupełnienia JEDZ oraz wykazu osób w ten sposób, że z dokumentów tych będzie wynikało, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w sekcji III. 1.3) pkt 1 lit. d) ogłoszenia o zamówieniu (pkt 4.5. pkt 1 lit. d SIWZ).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w ramach Postępowania Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia wadium w wysokości 100.000 zł (sekcja V1.3) ust 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdział 8 SIWZ). Ponadto zgodnie z pkt 8.5. zd. ostatnie (Rozdział 8) „SIWZ”: Zamawiający nie dopuszcza możliwości umieszczenia w treści gwarancji klauzuli dotyczącej pośrednictwa podmiotów trzecich (dowód: dokumentacja Postępowania). W treści SIWZ, Zamawiający kategorycznie wyłączył możliwość przedłożenia w ramach Postępowania takiej gwarancji wadialnej, która w swojej treści zakładałaby jakiegokolwiek pośrednictwo podmiotu trzeciego (nie-Zamawiającego) w ramach procedury wypłaty środków z gwarancji (zatrzymania wadium). Tymczasem załączona do oferty Plada (załącznik nr 3) gwarancja bankowa nr KLG69520IN20 z dnia 11.03.2020 r. wystawiona przez ING Bank Śląski S.A. na zlecenie Plada zawiera następujący wymóg - jako warunek wypłaty środków: „Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”. Zgodnie z treścią gwarancji - „Gwarancja wygasa dnia 2021-01-11, o ile przed upływem tego terminu nie otrzymamy Państwa pisemnego żądania zapłaty złożonego zgodnie z w/w warunkami” (podkreślenia własne; dowód: dokumentacja Postępowania). W ocenie Odwołującego zatem treść gwarancji narusza wymóg zawarty w SIWZ w zakresie niedopuszczalności klauzuli dotyczącej pośrednictwa podmiotów trzecich (np. klauzuli identyfikacyjnej). Ponad wszelką wątpliwość warunek zawarty w gwarancji ING zakłada konieczność skorzystania z pośrednictwa podmiotu trzeciego tj. banku prowadzącego rachunek Zamawiającego w ramach procedury wypłaty środków (zatrzymania wadium). Zdaniem Odwołującego Zamawiający celem skorzystania z gwarancji bankowej nie może tym samym wystąpić bezpośrednio do wystawcy gwarancji ze stosownym żądaniem, lecz powinien w tym celu najpierw zwrócić się do banku prowadzącego jego rachunek bankowy (Banku Spółdzielczego w Lubnianach nr 98 - pkt 8.3 SIWZ) celem poświadczenia podpisów znajdujących się na żądaniu zapłaty oraz przesłania przez ten bank tego żądania na adres ING Bank Śląski S.A. w Katowicach (przy czym liczyć się będzie data otrzymania żądania przez wystawcę gwarancji). W ocenie Odwołującego tego typu rozbieżność pomiędzy treścią gwarancji wadialnej, a wymogami dot. wadium zawartymi w SIWZ powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP -

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Odwołujący wskazał, że przepis w cytowanym brzmieniu został dodany ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 z późn. zm.; tzw. „duża nowelizacja”) i wszedł w życie dnia 28 lipca 2016 r. Równocześnie tą samą ustawą uchylony został art. 24 ust. 2 pkt 2 o brzmieniu Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wskazać należy zatem, że art. 89 ust. 1 pkt 7b zastąpił dawny art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, niemniej cel obydwu regulacji pozostaje taki sam - wyeliminowanie z kręgu ofert, które podlegają ocenie, tych ofert, które nie zostały w sposób prawidłowy zabezpieczone wadium.

W ocenie Odwołującego przyjąć należy, że prawidłowości wniesienia wadium nie należy rozpatrywać jedynie z przez pryzmat zgodności wadium z przepisami rangi ustawowej, lecz również z treścią SIWZ (por. wyrok KIO z 26.06.2008 r., KIO/UZP 584/08; wyroku z dnia 06.03.2009 r. KIO/UZP 209/09; wyrok KIO z dnia 04.03.2013 r., KIO 366/13; wyrok KIO z dnia 24.02.2014 r., KIO 249/14; wyrok KIO z dnia 09.03.2017 r., KIO 361/17; wyrok KIO z 18.07.2017 r., KIO 1351/17). Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający może, a wręcz powinien określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczące wadium. Przepis ten posiada dużą doniosłość jeżeli chodzi o ocenę prawidłowości wniesienia wadium. Przykładowo jak wskazała KIO w wyroku z dnia 9 marca 2020 r. (KIO 364/20). Odwołujący wskazał, że z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wynika prawo zamawiającego do określenia podstawowych kwestii wiążących się z obowiązkiem wniesienia/wpłacenia wadium. Obejmuje ono w szczególności uprawnienie do wskazania kwoty wadium, rachunku bankowego na jaki wadium w formie pieniężnej ma zostać wpłacone, wskazanie sposobu/miejsca złożenia wadium wnoszonego w formie niepieniężnej, czy też wymogów dotyczących wadium w formie niepieniężnej. W innym wyroku Izba zwróciła uwagę na to, że o ile ustawa zawiera szczegółowe regulacje natury technicznej dotyczące wadium w pieniądzu, o tyle nie reguluje tych kwestii w przypadku wadium wnoszonego w innej niż pieniądz formie. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający jest uprawniony (z respektowaniem ustawowo określonych zasad) do regulowania tych kwestii - wymagań w ramach treści SIWZ (wyrok z dnia 12 lipca 2013 r. KIO 1507/13). Uprawnienia zamawiającego w tym zakresie są stosunkowo szerokie. Jeśli zatem zamawiający zastrzegł określony wymóg związany z gwarancją wadialną, to o ile tytko wymóg ten jest zgodny z ustawą PZP, powinien być przez wykonawców uwzględniany pod rygorem odrzucenia ich oferty. W przeciwnym razie (braku odrzucenia takiej oferty), zamawiający nie tylko nie

zastosuje się do wymogu, który sam postawił (i którym jest związany), ale również naruszy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawcy bowiem mogą działać w uzasadnionym przekonaniu, że skoro zamawiający określa definitywny zakaz umieszczenia w treści gwarancji klauzuli pośrednictwa podmiotów trzecich, to gwarancja bankowa powinna taki wymóg spełniać - tak samo jak powinna spełniać wymogi co do wysokości zobowiązania gwaranta, katalogu przypadków kiedy można z niej skorzystać (art. 46 ust. 4a i 5) oraz odpowiedniego okresu jej ważności (obejmującego cały okres związania ofertą). Odwołujący powołał się również na orzeczenie KIO z dnia 4 marca 2013 r. o sygn. akt: KIO 366/13, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r., KIO 249/14, wyrok KIO z 23 listopada 2012 r., KIO 2478/12, wyrok KIO z dnia 06.07.2012 r. KIO 1311/12, KIO 1320/12, wyrok KIO z dnia 02.07.2009 r., KIO/UZP 757/09, wyrok z dnia 06.03.2009 r. KIO/UZP 209/09, wyrok KIO z 22.11.2012 r. KIO 2451/12, wyrok KIO z 11.06.2013 r., KIO 1223/13.

Zdaniem Odwołującego treść gwarancji złożonej przez wykonawcę Plada prowadzi do istotnego naruszenia interesów Zamawiającego w zakresie możliwości zatrzymania wadium. Odwołujący wskazał, że celem skorzystania z gwarancji, wymaga się podjęcia przez Zamawiającego dodatkowych czynności tj. zwrócenia się do banku prowadzącego jego rachunek bankowy (Bank Spółdzielczy w Łubnianach). Po pierwsze, bank ten musi w ogóle oferować usługę poświadczania podpisu Zamawiającego oraz wykazywać wolę współpracy w tym zakresie. Dodatkowo z tytułu realizacji tego typu usługi może on również pobierać prowizję (dodatkowy element kosztu - twórczy). Po drugie, należy także zwrócić uwagę na czasochłonność procesu zgłaszania żądania, związaną z czasem obsługi klienta przez bank prowadzący rachunek (ta może się różnić w zależności od banku) oraz czasem potrzebnym na dostarczenie żądania wypłaty w formie pisemnej na adres gwaranta w Katowicach. W tym kontekście Odwołujący wskazał, że treść gwarancji pomija dodatkowo w tym zakresie możliwość komunikacji z bankiem-gwarantem w formie elektronicznej. Oznacza to, że aby móc skutecznie skorzystać z wadium, Zamawiający musi mieć na uwadze, że proces skutecznego doręczenia gwarantowi żądania zapłaty może potrwać nawet do kilku dni. Tymczasem okres ważności gwarancji został ustalony na 11.01.2020, podczas gdy termin związania ofertą upływa 10.01.2020 r. (60 dni od dnia 12.11.2020 r.). Dodatkowo gwarancja nie zawiera żadnego mechanizmu zachowania tego terminu. W szczególności nie zawiera ona stosowanego nieraz w praktyce mechanizmu kilku dodatkowych dni na zgłoszenie żądania, o ile tylko podstawa do skorzystania z gwarancji (np. odmowa zawarcia umowy) zaktualizowała się w okresie ważności gwarancji. W ocenie Odwołującego faktyczny termin możliwości zatrzymania wadium jest zatem w przedmiotowej sprawie krótszy od terminu związania ofertą. Tymczasem zgodnie z ustawą PZP, Zamawiający powinien mieć

możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą (por. art. 85 ust. 4 ustawy PZP). To uprawnienie Zamawiającego nie znajduje w świetle treści tego typu gwarancji wadialnej należytego zabezpieczenia. Reasumując, w ocenie Odwołującego, gwarancja bankowa ING celem zatrzymania wadium uzależnia Zamawiającego od współpracy ze strony podmiotu trzeciego. Tymczasem bank prowadzący rachunek Zamawiającego nie musi dbać o interesy Zamawiającego w takim stopniu, w jakim zabezpieczyłby je sam Zamawiający. Należy zakładać, że Zamawiający - mając tego świadomość - celowo wykluczył pośrednictwo podmiotu trzeciego w ramach treści gwarancji wadialnych, do czego w istocie posiadał pełen prawo (vide: powyższe rozważania na temat art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP). Ponad wszelką wątpliwość również tego typu gwarancja bankowa nie stanowi równie łatwo egzekwowalnego wadium co gotówka (por. wyrok KIO z 21.10.2015 r., KIO 2188/15; wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2018 r., KIO 627/18; wyrok KIO z 27 marca, KIO 464/18). Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, jest uzasadniony. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Plada, pomimo że wykonawca ten nie złożył wadium spełniającego wszystkie wymogi zawarte w SIWZ (wniósł wadium w sposób nieprawidłowy).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją III. 1.3) pkt 1 lit. d ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 4.5. pkt 1 lit. d SIWZ, wykonawca spełni warunek w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w okresie przewidzianym na realizację zamówienia osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe do wykonania przedmiotu zamówienia tj. m.in. jedną osobą posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności. Odwołujący wskazał, że w oświadczeniu złożonym na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w Części IV wykonawca Plada oświadczył, że dysponuje osobą mgr inż. A. K. - „projektant, kierownik robót budowlanych z uprawnieniami w zakresie sieci wod-kan”. Tego typu oświadczenie nawet wstępnie nie potwierdza, że wykonawca spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu skoro pomija się w nim kwestie dotyczące doświadczenia tej osoby. Mimo to, Zamawiający zamiast wezwać do uzupełnienia oświadczenia JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, pismem z dnia 18.11.2020 r. od razu wezwał wykonawcę na przedłożenia dokumentów podmiotowych celem ich ostatecznej weryfikacji na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Plada przedłożył m.in. wykaz osób, w którym oświadczył, że kieruje następujące osoby do realizacji zamówienia tj. m.in. mgr inż. A. K. (poz. 4). W kolumnie dot. kwalifikacji

zawodowych wskazał, że osoba ta posiada uprawnienia budowlane OPL/0449/PWOS/08, bez wskazania jednak czego te uprawnienia dotyczą, tj. w szczególności projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. W kolumnie dot. doświadczenia Wykonawca oświadczył „Projektant / Kierownik budowy”, co de facto stanowi funkcję tej osoby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie opis posiadanego doświadczenia zgodnie z wymogiem zawartym w SIWZ. Funkcja ta została zresztą powielona w kolumnie „Zakres czynności/funkcji przewidzianych przy wykonywaniu tego zamówienia”. Odwołujący wskazał, że pomimo tego, że wykaz osób jest wyraźnie wadliwy, ponieważ nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, Zamawiający zaniechał wezwania do jego poprawienia/uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP oraz wybrał ofertę Plada. Zdaniem Odwołującego w wyniku takiego zaniechania nie wiadomo, czy wykonawca w ogóle spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że z samego faktu nabycia uprawnień w 2008 r. (co wynika z numeru członkowskiego Pani A. K.) nie wynika, że osoba ta posiada trzyletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności. Zamawiający w treści warunku nie zastrzegł bowiem jak długo dana osoba ma posiadać uprawnienia, lecz jak długo powinna faktycznie wykonywać zawód, aby uzyskać określone doświadczenie. Odwołujący wskazał, że oświadczenia składane celem weryfikacji podmiotowej ponad wszelką wątpliwość powinny potwierdzać fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może stosować w tym zakresie jakiegokolwiek domniemania ich spełnienia. Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO z dnia 30.04.2019 r. KIO/KU 35/19.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie i eksploatacja siecią wodną na terenie gminy Łubniany w modelu partnerstwa publiczno – prywatnego.

Izba ustaliła, że w ramach Postępowania Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia wadium w wysokości 100.000 zł (sekcja V1.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdział

8 SIWZ). Ponadto zgodnie z pkt 8.5. zd. ostatnie, Rozdział 8 SIWZ, Zamawiający wskazał: Zamawiający nie dopuszcza możliwości umieszczenia w treści gwarancji klauzuli dotyczącej pośrednictwa podmiotów trzecich.

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt 4.5. pkt 1 lit. d SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w okresie przewidzianym na realizację zamówienia osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe do wykonania przedmiotu zamówienia tj. m.in. jedną osobą posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą 3-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) PLADA sp. z o.o. z siedzibą w Chrzastowicach
- 2) Veolia Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba ustaliła, że wykonawca Plada w Części IV JEDZ oświadczył, że dysponuje osobą mgr inż. A. K. - „projektant, kierownik robót budowlanych z uprawnieniami w zakresie sieci wod-kan”.

Izba ustaliła, że wykonawca Plada złożył Zamawiającemu gwarancję bankową nr KLG69520IN20 z dnia 11.03.2020 r. wystawiona przez ING Bank Śląski S.A. na zlecenie Plada zawiera następujący zapis: „Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”. Zgodnie z treścią gwarancji - „Gwarancja wygasa dnia 2021-01-11, o ile przed upływem tego terminu nie otrzymamy Państwa pisemnego żądania zapłaty złożonego zgodnie z w/w warunkami”.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 18.11.2020 r. wezwał wykonawcę Plada do przedłożenia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Plada przedłożył m.in. wykaz osób, w którym

oświadczył, że kieruje następujące osoby do realizacji zamówienia tj. m.in. mgr inż. A. K. (poz. 4). W kolumnie dot. kwalifikacji zawodowych wskazał, że osoba ta posiada uprawnienia budowlane OPL/0449/PWOS/08, bez wskazania czego te uprawnienia dotyczą, tj. w szczególności projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. W kolumnie dot. doświadczenia Wykonawca oświadczył „Projektant/Kierownik budowy”, w kolumnie „Zakres czynności/funkcji przewidzianych przy wykonywaniu tego zamówienia”, wykonawca Plada wskazał: Projektowanie sieci wod – kan; pełnienie funkcji kierownika budowy.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Zamawiający wskazał, że dokonał oceny ofert w oparciu o kryteria wskazane w Rozdziale 12 SIWZ i za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy PLADA Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzęstowicach.

Izba ustaliła, że po wniesieniu odwołania przez Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 4 grudnia wezwał wykonawcę Plada na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z pkt 5.6 ppkt 1 lit b SIWZ do złożenia: poprawionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz dokumentu potwierdzającego uprawnienia budowlane mgr. inż. A. K. w zakresie projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby słuszny okazał się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę w tym zakresie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zdaniem Izby zasadność podniesionego przez Odwołującego zarzutu potwierdził sam Zamawiający w treści pisma jakie skierował do wykonawcy Plada w dniu 4 grudnia 2020 r. W treści pisma Zamawiający wskazał na braki w dokumentach złożonych przez wykonawcę Plada w zakresie doświadczenia posiadanego przez p. A.K., wskazując m.in., iż z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę Plada w dniu 20 listopada 2020 r. nie wynika, iż legitymuje się ona trzyletnim doświadczeniem zawodowym w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności. Treść wezwania z dnia 4 grudnia 2020 r. pokrywała się z zasadniczej części z treścią zarzut Odwołującego.

Izba wskazuje, że wezwanie z dnia 4 grudnia 2020 r. winno być poprzedzone czynnością unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 23 listopada 2020 r. Zdaniem Izby czynność Zamawiającego dokonana w dniu 4 grudnia 2020 r., bez wcześniejszego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, była nieprawidłowa. Takie działanie Zamawiającego uniemożliwia innym wykonawcom weryfikację czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Skoro Zamawiający uznał, że istnieją wątpliwości czy wykonawca Plada spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.6 ppkt 1 lit. b SIWZ, to winien w pierwszej kolejności unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów i dokonać ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka procedura postępowania umożliwi innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej i daje możliwość pełnej weryfikacji czynności Zamawiającego. Stąd też, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej, dokonać wezwania wykonawcy Plada do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.6 ppkt 1 lit. b SIWZ i dokonanie ponownego badania i

oceny ofert. Ponowny wybór oferty najkorzystniejszej umożliwi innym wykonawcą weryfikację prawidłowości działania Zamawiającego.

Należy podkreślić, że na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że dokumenty złożone przez wykonawcę Plada w dniu 20 listopada 2020 r. nie potwierdzały w pełni spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.6 ppkt 1 lit. b SIWZ. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp statuuje obowiązek zamawiającego w zakresie wzywania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 w sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Miarą kompletności oświadczenia lub dokumentu powinno być to, czy zawiera on wszystkie informacje niezbędne do przyjęcia, że wykonawca spełnia określony warunek udziału w postępowaniu. Skoro dokumentacja złożona przez wykonawcę Plada nie pozwalała na pełne ustalenia czy wykonawca spełnia warunek wskazany w pkt 5.6 ppkt 1 lit. b SIWZ, to zasadne zdaniem Izby było nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 7b w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Izba wskazuje, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego. Aby tak się stało nie może być wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało więc w pierwszej kolejności odpowiedzi na pytanie, czy zmieszczenie w gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Plada tzw. klauzuli identyfikacyjnej mającej na celu potwierdzenie, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych należy uznać za wniesienie wadium w sposób

nieprawidłowy. Zdaniem Izby zamieszczenie w treści gwarancji bankowej klauzuli identyfikacyjnej nie powoduje, że wykonawca Plada złożył wadium w formie nieprawidłowej.

Wskazać należy, że stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), (dalej „**Prawo Bankowe**”) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że gwarancja bankowa złożone przez wykonawcę Plada w sposób jednoznaczny identyfikuje kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Gwarancja bankowa w sposób jednoznaczny określa, że gwarant zobowiązany jest nieodwołanie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić kwotę 100 000 zł na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Zapisy gwarancji nie przewidują, w ocenie Izby, pośrednictwa podmiotów trzecich w zakresie ustalania bezwarunkowego i niedowolanego charakteru zobowiązania gwaranta. Tylko bowiem takie pośrednictwo mogłoby skutkować ewentualnymi wątpliwościami co do skuteczności wniesienia wadium przez wykonawcę. W ocenie Izby, wszystkie elementy wymaganego do skutecznego wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej zostały zawarte w dokumencie gwarancji złożonym przez wykonawcę Plada.

Zdaniem Izby z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wynika, że odrzucenie oferty wykonawcy następuje w sytuacji, gdy wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Innymi słowy, Odwołujący w okolicznościach analizowanej sprawy winien wykazać, że gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę Plada nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Takich okoliczności zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał. Odwołujący powołał się na rzekoma problemy związane z weryfikacją podpisów, czasochłonność takiego procesu, możliwość odmówienia przez bank weryfikacji podpisów, wpływu uzyskania takiej weryfikacji na ważność gwarancji. Podkreślić jednakże należy, że

weryfikacja podpisów następuje następują w banku Zamawiającego. Zamawiający jest klientem banku i twierdzenia jakoby bank miał odmówić weryfikacji podpisów swojemu klientowi, są – w ocenie Izby- niewykazane i stoją w sprzeczności w obowiązkami banku wobec swoich klientów. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie uwiarygodnił swoich twierdzeń dotyczących czasochłonności związanej z weryfikacją podpisów. Odnosząc się do argumentu Odwołującego w odniesieniu do okresu ważności gwarancji należy podkreślić, że nie znajdują on oparcia w obowiązujących przepisach, w szczególności przepisów ustawy Pzp nie wynika, że do okresu ważności wadium należy doliczyć kolejne dni, na zabezpieczenie wykonania czynności przez Zamawiającego. Z treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, na który powołuje się Odwołujący, nie wynikają wnioski na jakie powołuje się Odwołujący. Dyspozycja art. 85 ust. 4 wskazuje wyraźnie, że intencją ustawodawcy było ustanowienie okresu ważności wadium w celu zabezpieczenia okresu związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego tak, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w jakim wykonawca związany jest jej treścią. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium może być wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Nie ma tutaj miejsca, ani podstawy prawnej dla rozróżnienia formalnego okresu ważności wadium i „faktycznego” terminu, dłuższego niż okres związania ofertą, dającego „możliwość zatrzymania wadium” przez Zamawiającego. Za zgodne z ustawą Pzp należy zatem uznać wadium, którego okres obowiązywania zabezpiecza okres związania ofertą, tak jak ma to miejsce w przypadku gwarancji złożonej przez wykonawcę Plada.

W ocenie Izby zakwestionowana przez Odwołującego klauzula weryfikacji podpisów nie jest w ogóle element wpływającym na skuteczność zobowiązania gwaranta i możliwość zaspokojenia roszczeń Zamawiającego. Klauzula ta stanowi postanowienie dodatkowe gwarancji bankowej, nie mającego wpływu na to kto, wobec kogo i do jakiej kwoty odpowiada. Zdaniem Izby gwarancja złożona przez wykonawcę Plada zabezpiecza Zamawiającego w zakresie istotnych przedmiotowo elementów gwarancji tj. została wniesiona w terminie, w wymaganej wysokości, na odpowiedni okres, w formie przewidzianej ustawą, z zachowaniem postaci elektronicznej zgodnie z wymogami SIWZ, a także zabezpiecza interesy Zamawiającego w zakresie uzyskania / zatrzymania kwoty wadium w przypadkach przewidzianych w ustawie. Wadium spełniające powyższe warunki należy uznać za prawidłowo wniesione, czyli takie, które zostało wniesione zgodnie przepisami ustawy i które de facto oraz de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy Zamawiającego.

Odnosząc się do ponoszonego przez Odwołującego argumentu o niezgodność gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Plada z postanowieniami SIWZ, to Izba wskazuje, że nie każda niezgodność treści gwarancji z SIWZ powoduje automatycznie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodności z postanowieniami SIWZ, które można zakwalifikować jako niezgodności formalne nie skutkują koniecznością odrzucenia oferty na podstawie ww. wskazanego przepisu ustawy Pzp. Tym samym, wobec uznania przez Izbę, iż zamieszczenie klauzuli weryfikacji podpisów przez bank, w którym Zamawiający prowadzi rachunek, jest wyłącznie wymogiem formalnym pozbawianym związku z treścią i charakterem zobowiązania gwaranta, to taka formalna niezgodność nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca Plada bowiem wniósł wadium w sposób prawidłowy, zgodnie z merytorycznymi wymaganiami określonymi w prawie bankowym oraz w SIWZ, zaś kwestionowana klauzula nie ma zdaniem Izby wpływu na skuteczność zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego i nie stanowi merytorycznej niezgodności oferty ze SIWZ.

W ocenie Izby przepis art. 89 ust.1 pkt 7b ma zastosowanie do sytuacji, gdy wbrew żądaniu zamawiającego oferta złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium, bądź zabezpieczenie to nie jest skuteczne. Brak skuteczności wadium należy rozumieć jako brak możliwości bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium w przypadku wypełnienia ustawowych przesłanek z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, z czym nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący: