

Wyrok
z dnia 29 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Silesia Trans Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Drogbud Nawierzchnie Bitumiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Orzesze**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Orzesze i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Silesia Trans Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Drogbud Nawierzchnie Bitumiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Orzesze na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Silesia Trans Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Drogbud Nawierzchnie Bitumiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Orzesze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Budowa centrum przesiadkowego w Mieście Orzesze” (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00107181 dniu 7 lipca 2021 roku. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019) zwanej dalej „Pzp” lub „Ustawą” o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Silesia Trans Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Drogbud Nawierzchnie Bitumiczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwanych dalej Odwołującym) od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołujący na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy oraz
2. unieważnieniu przedmiotowego postępowania ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp polegające na odrzuceniu oferty z powodu uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy podczas, gdy Zamawiający wraz z ofertą złożył oświadczenie Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (40-203) o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium,
2. przepisu art. 97 ust. 1 w zw. z ust. 7 pkt 4 Pzp polegające na uznaniu, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas gdy oświadczenie poręczyciela o

- udzieleniu poręczenia zapłaty wadium zawiera zobowiązanie do zapłaty wadium bezwarunkowo,
na pierwsze żądanie Zamawiającego,
3. przepisu art. 97 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 876 § 1 KC polegające na wykładni instytucji wadium w oderwaniu od regulacji Kodeksu Cywilnego w sytuacji, w której ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie reguluje instytucji wadium w sposób odmienny,
 4. przepisu art. 98 ust. 6 Pzp polegające na uznaniu iż z treści oświadczenia o podzieleniu poręczenia przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie wynika obowiązek bezwarunkowej zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego, podczas gdy oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium odpowiada instytucji poręczenia opisanej w przepisie art. 876 § 1 KC,
 5. przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego podczas gdy spełniała ona warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia,
 6. przepisu art. 255 pkt 3 w zw. z art. 266 Pzp polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, że najniższa cena przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do koszty najkorzystniejszej oferty, podczas gdy Zamawiający na zamówienie przeznaczył kwotę 2.700,000,00 zł, a Odwołujący złożył Ofertę na kwotę 2.427.204,50 zł

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

1. unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2021 roku polegającej na unieważnieniu postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. ponadto, Odwołujący wniósł o zwrot poniesionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wraz z poniesionymi kosztami zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

W sekcji VI SWZ Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia wadium w wysokości 35.000,00 zł. Wadium mogło być wniesione w pieniądzu, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniu udzielanym przez podmioty, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 2 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż w pieniądzu Zamawiający wymagał załączenia do oferty oryginału dokumenty podpisanego

elektronicznym podpisem przez wystawiającego dokumenty. Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądania zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 Pzp.

Termin składania ofert został przez Zamawiającego ustalony na dzień 22 lipca 2021 roku, godz. 9:00, który został wydłużony na podstawie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia „Budowa centrum przesiadkowego w Mieście Orzesze” z dnia 4 sierpnia 2021 roku, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP00136801.

W dniu 19 lipca 2021 roku Zamawiający złożył wniosek o udzielenie poręczenia wadium w ramach pakietu wadium. Wskazując, że wartość wymaganego wadium to kwota 35.000,00 zł, wnioskowany okres trwania pojedynczego poręczenia wadium to 30 dni, a preferowana data otrzymania poręczenia to 21 lipca 2021 roku.

Wniosek został podpisany podpisem kwalifikowanym przez Prezesa Zarządu odwołującego. Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium zostało podpisane podpisem kwalifikowanym przez L. K., prokurenta Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Zgodnie z treścią oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia wadium zapłaty, Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. zobowiązał się wobec Zamawiającego, tj. Miasto Orzesze do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego (tj. Odwołującego) do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.

W treści opisanego oświadczenia precyzyjnie opisano postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. „Budowa centrum przesiadkowego w Mieście Orzesze”.

Poręczenie zostało udzielone w zakresie 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego od dnia 12 sierpnia 2021 roku do 10 września 2021 roku.

W § 4 natomiast wskazano, że Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SIWZ bądź w inny sposób.

W dniu 26 sierpnia 2021 roku Zamawiający przesłał do Odwołującego informację o unieważnieniu postępowania na zadanie „Budowa centrum przesiadkowego w Mieście Orzesze”, jako podstawę wskazując przepis art. 255 pkt 3 w zw. z art. 266 Pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jako podstawę faktyczną odrzucenia Zamawiający wskazał, że z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone

przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp podczas gdy w ocenie Zamawiającego z treści poręczenia udzielonego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. wynika, iż pomimo zawarcia w treści oświadczenia o udzielenia poręczenia stwierdzeń, że jest „nieodwołalne” i „bezwarunkowe” nie spełnia wymogu bezwarunkowości i nie odwoływalności.

Ponadto Zamawiający wskazał iż z treści literalnie odczytywanej treści § 3 poręczenia wynika, że jest to zabezpieczenie wniesienia przez wykonawcę wadium a nie zabezpieczenie zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego przez poręczyciela kwoty wadium w wypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych

oraz poręczenie opiewa na okres po terminie składania ofert, pomimo, że wadium ma zostać wniesione przez wykonawców najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

Ponadto, Zamawiający odrzucenie oferty argumentował tezami wrażonymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2020 roku, sygn. KIO 2338/20.

W pierwszej kolejności wskazać należy iż Odwołujący stale współpracuje ze Śląskim Regionalnym Funduszem Poręczeniowym sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w zakresie udzielania poręczenia wadialnego, a złożone oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nie było nigdy kwestionowane. Odwołujący złożył m.in. ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia ogłoszonego przez Urząd Miasta Tarnowskie Góry (BZP.271.25.2020) dotyczącym zagospodarowania terenu po rozbiórce budynków Zakładów Odzieżowych Tarmilo w Tarnowskich Górach. Zamawiający, tj. Urząd Miasta w Tarnowskich Górach żądał wniesienia wadium w wysokości 35.000,00 zł. Zgodnie z treścią Rozdziału XXI SIWZ wadium mogło być wnoszone w jednej lub kilku formach, m.in. w formie poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 310).

Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, a forma wniesienia wadium, tj. Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nie zostało zakwestionowane.

Odwołujący złożył m.in. ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia ogłoszonego przez Urząd Gminy w Psarach (ZP.271.21.2020) pn. „Zagłębiowski Park Linearny - rewitalizacja obszaru funkcjonalnego doliny rzeki Przemszy i Brynicy”. Zamawiający, tj. Urząd Gminy w Psarach żądał wniesienia wadium w wysokości 10.000,00 zł. Zgodnie z treścią Rozdziału XIX SIWZ wadium mogło być wnoszone w jednej lub kilku formach, m.in. w formie poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 310).

Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, a forma wniesienia wadium, tj. Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nie zostało zakwestionowane.

Zamawiający powołując się na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 października 2020 roku (KIO 2338/20) zarzucił pośrednio poręczycielowi iż w momencie ustanawiania poręczenia w niniejszym postępowaniu dla Wykonawcy poręczyciel posiadał wiedzę o wadliwości swojego poręczenia. Zamawiający jednak zupełnie pominął ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 roku (KIO 2988/20). Co istotne zarówno postępowanie zawisłe przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą KIO 2338/20 jak i KIO 2998/20 prowadzone było z wniosku IVIA S.A. z siedzibą w Katowicach, a stan faktyczny opierał się na odrzuceniu oferty z uwagi na wadliwość oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium.

W treści Poręczenia znalazło się m.in. postanowienie: "Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie" (§ 3 ust. 1). Z kolei § 4 ust. 1 Poręczenia brzmi: "poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3".

Słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 roku (KIO 2988/20), że klauzula na wypadek *gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie*, dotyczy sytuacji, w której Zobowiązany (Wykonawca) pomimo złożenia oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia *niejako "ubiegnie" poręczyciela i sam wpłaci do zamawiającego kwotę wadium mającą być zatrzymaną przez zamawiającego*. *Żaden przepis ustawy Pzp ani KC nie formułuje zakazu w tym zakresie. Oczywistym jest, że zamawiający zaspokojony w żądanym zakresie przez wykonawcę nie ma podstaw prawnych, aby domagać się kolejnej wpłaty na jego rzecz z tego tytułu przez poręczyciela (o czym mowa w § 3 pkt 1 gwarancji), bo to stanowiłoby co najmniej bezpodstawne wzbogacenie, o którym mowa w art. 405 KC.*

Dokument wadialny, niezależnie od tego, z jaką formą wadium mamy do czynienia (gwarancja bankowa, ubezpieczeniowa czy poręczenie), podlega procesowi wykładni właściwej dla oświadczeń woli. Powyższe generuje jednocześnie obowiązek przeprowadzenia tej wykładni w sposób należyty, tj. zgodny z przyjętymi regułami oświadczeń woli.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 maja 2011 roku (KIO 883/11) wskazała iż Odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli.

Doktryna ponadto jednoznacznie wskazuje, że ocena prawidłowości i skuteczności wniesienia wadium, a także przedłużenia okresu ważności wadium powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem wymagań zamawiającego, określonych w dokumentach zamówienia, ale też specyfikacji wpisanej w określonej formie wnoszenia wadium, w szczególności wymogów określonych odrębnymi przepisami (w szczególności przepisami KC, PrBank, UtwPARPU) (tak m.in. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, Warszawa. 2021, wyd. 2).

Umowa poręczenia powinna określać stosunek prawny, w którego ramach powstała zabezpieczona wierzytelność oraz strony tego stosunku. W jej treści powinno znaleźć się oświadczenie poręczyciela, że zobowiązuje się wykonać określone zobowiązanie w przypadku, gdyby dłużnik go nie wykonał. Jak wskazuje J. Górecki (w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, wyd. 27, 2020, art. 876), poręczyciel, udzielając poręczenia, nie musi posłużyć się sformułowaniem „poręczam” lub „udzielam poręczenia”. Może użyć także zwrotów równoznacznych, np. „gwarantuję”, „biorę na siebie odpowiedzialność” (wyr. SN z 26.9.2007 r., IV CSK 127/07). Przy tym należy zwrócić uwagę, że o zakresie zobowiązania poręczyciela – stosownie do art. 879 § 1 KC – rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Przepis ten wyraża zasadę akcesoryjności poręczenia, polegającą na tym, że zakres zobowiązania poręczyciela jest powiązany (zależny) z zakresem zobowiązania dłużnika głównego. Poręczenie składane jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być zawsze zobowiązaniem terminowym (ważnym w okresie związania ofertą). W jego treści powinno znaleźć się określenie okresu ważności poręczenia. (tak. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, Warszawa. 2021, wyd. 2).

Ze względu na treść art. 65 § 2 KC w umowach należy w pierwszej kolejności badać zamiar stron i cel umowy, a dopiero w dalszej kolejności opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Możliwa jest więc sytuacja, w której właściwy sens czynności prawnej będzie odbiegał od jej jasnego znaczenia ustalonego w świetle reguł językowych. W konsekwencji nie można poprzestać na wykładni językowej treści oświadczeń woli ujętych w umowie nawet, jeżeli jej wynik jest jednoznaczny.

Podstawowe uchybienie, którego dopuścił się zamawiający, zdaniem odwołującego, związane jest z zaniechaniem analizy Poręczenia przez pryzmat pełnej treści tegoż dokumentu. Pomija on bowiem, że wnioskom, które wyprowadził z postanowienia § 3 ust. 1 przeczy całkowicie jednoznaczne postanowienie § 4 ust. 1 Poręczenia. § 4 ust. 1 Poręczenia ma następujące brzmienie: "Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3." Już zatem prawidłowa analiza tej treści wadium, dokonana zgodnie z uregulowaniem instytucji

poręczenia w przepisie art. 876 i n. KC, pozwoliłaby zamawiającemu dojść do wniosku, że dokument ten w pełni zabezpiecza jego prawo do ewentualnej wypłaty żądanej kwoty, a przy tym spełnia wymagania określone w SWZ. Mimo to, zamawiający zdecydował się na wyrywkową interpretację Poręczenia obarczając przy tym odwołującego najdotkliwszą sankcją, jaką jest odrzucenie jego oferty. Sformułowanie użyte w § 4 ust. 1 Poręczenia ("bezw warunkowo") ma charakter jednoznaczny i rozumiały. "Bezw warunkowość" tej instytucji jest pomiędzy stronami niniejszego sporu okolicznością bezstronną.

"Bezw warunkowość" ta oznacza więc, że wadium "uruchamiane" jest niejako automatycznie po ziszczeniu się jednej z przesłanek wymienionych w tych przepisach. Bez znaczenia dla tego automatyzmu jest konieczność przedstawienia gwarantowi czy poręczycielowi odpowiedniego wniosku. Wymóg ten nie przeczy regule "bezw warunkowości", jest bowiem jedynie konsekwencją formy złożonego wadium.

Zamawiający zupełnie pomija, że skorzystanie przez instytucję zamawiającą z prawa do zatrzymania wadium każdorazowo powiązane jest z powstaniem roszczenia regresowego, jakie przysługuje wystawcy wadium względem wykonawcy, którego działanie spowodowało konieczność wypłaty przez wystawcę świadczenia wadialnego. Jednakże sama realizacja roszczenia regresowego, w tym warunki jego wyegzekwowania nie dotyczą relacji na linii wystawca gwarancji - zamawiający. Analizowane zdanie z § 3 ust. 1 Poręczenia jest niczym innym, jak właśnie emanacją stosunków pomiędzy poręczycielem a Odwołującym. Sformułowanie zawarte w umowie poręczenia w brzmieniu "na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie" należy odczytywać jedynie przez pryzmat relacji ŚRFP - Odwołujący. W żaden sposób nie neguje ono bezw warunkowego charakteru udzielonego poręczenia. Za szczególnie istotne uznać należy, że wypłata świadczenia przez ŚRFP nie jest jednak w żaden sposób uzależniona od wywiązania się przez wykonawcę z jakiegokolwiek świadczenia.

Wskazać należy, że ŚRFP wypłacał stosowną kwotę niezależnie od postawy wykonawcy (tj. bezw warunkowo), Odwołujący zwrócił się do ŚRFP z pytaniem o przebieg postępowań,

w których instytucje zamawiające występowały do ŚRFP z wezwaniem do zapłaty z tytułu ziszczenia się przesłanki uzasadniającej zatrzymanie wadium. Z informacji przekazanych przez ŚRFP wynika iż ŚRFP nie uzależniał wypłaty kwoty odpowiadającej wysokości żądanego wadium od spełnienia jakichkolwiek warunków, na co odwołujący złożył kilka dowodów dotyczących takich wezwań.

Zgodnie z definicją wynikającą z art. 876 § 1 KC "przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał". Jak wynika z brzmienia tego przepisu i co, dodatkowo

potwierdza doktryna prawa cywilnego poręczyciel spełnia swoje zobowiązanie wynikające z poręczenia dopiero po tym, gdy dłużnik swojego zobowiązania nie wykonał (tj. nie wykonał w ogóle

lub nie wykonał we właściwym terminie). W powołanej definicji poręczenia nie jest (wbrew błędnej sugestii Zamawiającego) zawarty żaden warunek, tylko konstrukcja prawa poręczenia polega na tym, że najpierw aktualizuje się odpowiedzialność dłużnika głównego a potem

(tj. w sytuacji gdyby dłużnik ten nie wykona swojego zobowiązania) aktualizuje się odpowiedzialność poręczyciela. Zobowiązanie poręczyciela aktualizuje się dopiero po tym, gdy dłużnik główny zobowiązana nie wykonał (w terminie), co wynika z definicji poręczenia zawartej w art. 876 § 1 KC a nie jest wyrazem rzekomego nadania przez ŚRFP swojemu zobowiązaniu wynikającemu z udzielonego Poręczenia charakteru subsydiarnego lub warunkowego. Bezwarunkowy charakter udzielonego Poręczenia potwierdza § 4 ust. 1 tego Poręczenia w brzmieniu: "poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3". Istotne znaczenie na gruncie niniejszego stanu faktycznego ma także charakter przypisanej ustawowo odpowiedzialności podmiotu poręczającego. Jak bowiem wynika z art. 881 KC "w braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny." Art. 881 KC wskazuje, że poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny. Wyklucza to zatem subsydiarność jego odpowiedzialności, charakteryzującą się tym, że poręczyciel zobowiązany jest do świadczenia dopiero po bezskutecznym podjęciu działań wobec dłużnika, mających na celu uzyskanie świadczenia. Odpowiedzialność poręczyciela jako dłużnika solidarnego sprowadza się zatem do tego, że gdy zobowiązanie staje się wymagalne, wierzyciel może dochodzić jego wykonania. Dokonując wykładni powyższego przepisu można zatem jednoznacznie przyjąć, że wyłączenie odpowiedzialności solidarnej, na mocy której poręczyciel mógłby uchylać się od wykonania zobowiązania wynikającego z dokumentu poręczenia (wadium) musi znaleźć swoje źródło w klauzuli ograniczającej taką odpowiedzialność. W niniejszym stanie faktycznym, oświadczenie poręczyciela nie zawierało zastrzeżenia, że poręczyciel nie jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny ani że w jakikolwiek inny sposób odpowiedzialność ta zostaje zmieniona. W tym miejscu należy szczególnie uwypuklić fakt, że ograniczenie lub przekształcenie odpowiedzialności poręczyciela jest dopuszczalne i zarazem możliwe, tylko w przypadku dodania do treści dokumentu postanowienia, które w sposób bezpośredni przewiduje wyłączenie stosowania art. 881 KC. Ograniczenie to, dla swej ważności musi znaleźć się w dokumencie. Jak potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach "w braku przeciwnego zastrzeżenia poręczenie ma charakter akcesoryjny, a nie subsydiarny, co oznacza to, że poręczyciel odpowiada

jak współdłużnik solidarny (art. 881 KC), a zatem jego dług staje się wymagalny z chwilą, gdy dłużnik główny opóźni się ze spełnieniem swego świadczenia”.

Sąd Apelacyjny W Białymstoku w wyroku z dnia 30 sierpnia 2019 roku w sprawie o sygn.

I ACa 759/18 wskazał ponadto, iż poręczenie jest formą zabezpieczenia wierzytelności, a wierzyciel może się domagać świadczenia od poręczyciela z pominięciem dłużnika głównego, już z dniem złożenia oświadczenia o poręczeniu powstaje stosunek zobowiązaniowy między poręczycielem a wierzycielem długu głównego.

Zamawiający swoim stanowiskiem kwestionuje istotę umowy poręczenia wynikającą z art. 876 § 1 KC i błędnie uważa, że przepisy art. 87 i n. Pzp odmiennie regulują na gruncie ustawy Pzp instytucję poręczenia, podczas gdy te przepisy dotyczą tylko przesłanek zatrzymania wadium. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 876 § 1 KC "Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. § 2. Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie".

Odnosząc się do treści gwarancji stwierdzić należy, że w § 4 w sposób jednoznaczny wskazano, iż poręczenie zobowiązuje Poręczyciela do wypłaty wadium na rzecz zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie o którym mowa w § 3. Niewątpliwym jest, że odwołanie do § 3 referuje do pkt 3 poręczenia dotyczącego okresu ważności udzielonego poręczenia.

Zamawiający nie może w trakcie oceny ofert pomijać rzeczywistej treści poręczenia wadialnego ocenianego przez pryzmat celu w jakim zostało złożone, oraz powinien dokonać jego wykładni celem uzyskanie takich wyników, które wskazują największy stopień zgodności złożonej gwarancji czy poręczenia z obowiązującymi normami prawnymi i celem w jakim zostało złożone. Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron - odwołującego i poręczyciela było zawarcie umowy poręczenia, celem przedłożenia dokumentu gwarancji wadialnej w postępowaniu w którym odwołujący chciał wziąć udział.

Podkreślenia wymaga, że pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 roku (KIO 2998/20), która wielokrotnie wypowiedziała się o konieczności interpretacji całościowej wykładni treści dokumentu poręczenia, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 KC (m.in. wyrok KIO z 10 lipca 2020 roku, KIO 1238/20).

W dniu 27 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W treści odpowiedzi wskazał, że Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 w związku z art. 266 Pzp, ponieważ oferta z

najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Ponadto oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wniesienia wadium w sposób zgodny z przepisami Pzp. Dalej, Zamawiający wskazał, że *determinującym dla rozstrzygnięcia sprawy jest fakt, że pełnomocnictwo zostało podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym z dnia 5 sierpnia 2021 r. przez Panią M. O. reprezentującą członka konsorcjum Drogbud Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o. oraz przyjętym przez lidera z dniem 11 sierpnia 2021 r. poprzez złożenie elektronicznego podpisu kwalifikowanego, podczas gdy lider konsorcjum wystąpił do gwaranta Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeńiowego z wnioskiem o udzielenie poręczenia wadium już w dniu 19 lipca 2021 r. tj. w momencie kiedy nie miał pełnomocnictwa. Zatem nie ulega wątpliwości, że w dniu 19 lipca 2021 r. nie mógł działać jako lider konsorcjum ponieważ w dniu 19 lipca 2021 r. nie posiadał pełnomocnictwa, uzyskał je dopiero w dniu 5 sierpnia 2021 r. a przyjął w dniu 11 sierpnia 2021 r.*

Z wyżej wskazanych względów również oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 10 sierpnia 2021 r. jest wadliwe i nie wywołuje skutków prawnych i nigdy nie powinno zostać wydane, albowiem w dniu 10 sierpnia 2021 r. Silesia Trans Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie była pełnomocnikiem Drogbud Nawierzchnie Bitumiczne sp. z o.o., ponieważ pełnomocnictwo zostało przyjęte dopiero w dniu 11 sierpnia 2021 r., zatem nie ulega wątpliwości, że oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium mogło być złożone - wydane najwcześniej dopiero w dniu 11 sierpnia 2021 r., a w dniu 10 sierpnia 2021 r. nie mogło istnieć i wywoływać skutków prawnych. Dokument ten datowany i podpisany w dniu 10 sierpnia 2021 r. jest wadliwy, a co za tym idzie nieważny i nie może stanowić potwierdzenia wniesienia wadium.

Dalej Zamawiający wyjaśniał, że w SIWZ Zamawiający wskazał, że z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium natomiast z treści oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, tj. § 3 ust. 1 tego oświadczenia wynika jedynie, że poręczyciel odpowiada jedynie

za spłatę wymagalnego zobowiązanie Zobowiązanego do Zapłaty wadium na wypadek gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie, a nie do wypłaty pełnej kwoty wadium w okolicznościach wskazanych w art. 98 ust. 6 uPzp. (...).

Należy również wskazać, że dokument oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium wyraźnie § 3 ust. 2 wskazuje, że poręczenie jest ważne – udzielone od dnia 12.08.2021 r. tj. dopiero po terminie składnia ofert, istotnym jest że oferta Odwołującego

została złożona - podpisana w dniu 11.08.2021 r. a w tym dniu poręczenie nie obowiązywało, ponieważ zostało udzielone dopiero od dnia 12.08.2021 r., zatem Odwołujący nie posiadał w dniu złożenia oferty gwarancji wypłaty wadium w formie poręczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba uznała, iż Odwołujący 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 ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ) Rozdział XXII Wymagania Dotyczące Wadium Zamawiający wymagał:

1. *Zamawiający wymaga złożenia wadium. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości 35 000 zł*
2. *Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:*
 - 1) *pieniądzu;*
 - 2) *gwarancjach bankowych;*
 - 3) *gwarancjach ubezpieczeniowych;*
 - 4) *poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299).*
3. *(...) wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. O uznaniu przez Zamawiającego, że wadium w pieniądzu wpłacono w wymaganym terminie decyduje data i godzina wpływu środków na rachunek bankowy zamawiającego.*

4. *Wadium w formach niepieniężnych winno zostać załączone do oferty w oryginale i podpisane elektronicznym kwalifikowanym podpisem przez wystawiającego dokumenty o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2 – 4 ustawy.*
5. *Zwrot wadium – zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 ustawy.*
6. *Zatrzymanie wadium – zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy.*
7. *Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy.*

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 12 sierpnia 2021 r. na godz. 9:00.

Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie poręczenia – Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium.

Zgodnie z § 3 ust. 1 ww. oświadczenia Poręczyciela Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność Poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 35 000,00 zł.

Zgodnie z § 3 ust. 3 ww. oświadczenia Poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres 30 dni, tj. od dnia 12.08.2021 r. do dnia 10.09.2021 r., powiększony o 1 miesiąc, z zastrzeżeniem, iż termin jednego miesiąca oznacza termin techniczny wyłącznie do wezwania poręczyciela przez Zamawiającego do wykonania obowiązku wypłaty poręczenia.

Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. oświadczenia Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3.

Zgodnie z § 4 ust. 2 ww. oświadczenia Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SIWZ bądź w inny sposób.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 w związku z art. 266 Pzp (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie, w piśmie tym Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego podając jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazując, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w pkt od 1 do 5, Izba rozpoznała je łącznie, uznając że odnoszą się one w całości do oceny złożonego przez Odwołującego wadium a w konsekwencji odrzucenia oferty z uwagi na to, że Odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Izba uznała powyższe zarzuty za zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie

do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 26 sierpnia 2021 r. Zamawiający wskazał, że: *z treści złożonego tytułem wadium poręczenia udzielonego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. wynika, iż pomimo zawarcia stwierdzeń, że jest „nieodwołalne” i „bezwarunkowe” nie spełnia wymogu bezwarunkowości i nie odwoływalności. Z treści literalnie odczytanej treści § 3 poręczenia wynika, że jest to zabezpieczenie wniesienia przez wykonawcę wadium a nie zabezpieczenie zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego przez poręczyciela kwoty wadium w wypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych oraz poręczenie opiewa na okres po terminie składania ofert, pomimo, że wadium ma zostać wniesione przez wykonawców najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Wniesione wadium jest prawidłowe wówczas, gdy Zamawiający ma możliwość realizacji swoich roszczeń w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wadium musi więc spełniać swoją rolę zabezpieczenia interesów zamawiającego. (...).*

Na gruncie ustawy Prawo Zamówień Publicznych również mowa jest o nie „o zapłacie kwoty wadium” w przypadku ziszczenia się przesłanek, a o zatrzymaniu wadium, podobnie ustawa stanowi o „zwrocie wadium” (art. 98 ust. 1, ust. 2) i „zatrzymaniu wadium” (art. 98 ust. 6). Wspomniane czynności zamawiającego dotyczą więc kwoty, która musi być uiszczona (podobnie jak zabezpieczenia jej zapłaty) przed otwarciem ofert. Zarówno więc wadium w gotówce, jak i innych formach nie może być wnoszone, tak jak to jest w zakwestionowanym poręczeniu wadium przedłożonym przez Wykonawcę, już po ziszczeniu się przesłanek art. 98 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w ten sposób, że wykonawca miałby wtedy zapłacić kwotę w wysokości ustanowionego wadium w bliżej nieokreślonym terminie, a dopiero w przypadku, gdyby tego zobowiązania nie wykonał, możliwym byłoby skorzystanie z jednej z form bezgotówkowego zabezpieczenia zapłaty wadium.

Z treści poręczenia wadium wynika, że po wypełnieniu przesłanek zatrzymania wadium w pierwszej kolejności Zamawiający miałby oczekiwać, że Wykonawca zapłaci kwotę w wysokości ustalonego wadium lub zwracać się do niego, wyznaczając mu odpowiedni termin do zapłaty tej kwoty, a realizacja wykonania tego obowiązku przez niego miałaby być dopiero zabezpieczona poręceniem wadium, stanowi wypaczenie istoty i natury wadium. Żaden przepis ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie ustanawia zobowiązania wykonawcy do uiszczenia kwoty stanowiącej równowartość wadium (wniesić wadium) po złożeniu

i otwarciu ofert, gdyż wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium najpóźniej do upływu terminu składania ofert o czym stanowi art. 97 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Stąd po stronie Zamawiającego nie można zidentyfikować jakiegokolwiek roszczenia o zapłatę niewniesionego w terminie składania ofert wadium, a rym samym nie ma on możliwości wyznaczenia wykonawcy terminu na spełnienie takiego obowiązku już po terminie składania ofert.

Przedłożony dokument poręczenia wadialnego pomimo tego, że w swej treści wskazuje, że jest bezwarunkowe, to w paragrafie 3 stawia warunki, gdyż obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie.

Wykonawca nie jest zobowiązany w żadnym terminie po złożeniu ofert do zapłaty wadium. Warunek taki jest nieprawidłowy i nie spełnia warunków określonych w art. 97 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Dokument poręczenia w paragrafie 3 ust. 1 posługuje się pojęciem „wymagalne zobowiązanie”. W przypadku wadium jego wymagalność zależy jedynie od czynności Zamawiającego i „wymagalność” nie może być warunkiem wypłaty przez Poręczyciela kwoty wadium”. (...)

Poręczenie wadialne powinno gwarantować taki stopień zabezpieczenia Zamawiającego, jak gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa lub środki przekazane w pieniądzu. W ocenie Zamawiającego przedłożony dokument poręczenia wadialnego nie zabezpiecza w pełni jego interesów, w stopniu odpowiadającym gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub wpłaconym środkom w pieniądzu bezpośrednio do Zamawiającego. Występuje sprzeczność w treści poręczenia, gdyż w paragrafie 4 wskazano, że Poręczyciel dokona zapłaty bezwarunkowo, a w paragrafie 3 wskazano, że poręczenie jest udzielone na wypadek niezapłacenia przez Wykonawcę kwoty wadium w terminie, w sytuacji, gdy taki obowiązek nie wynika z ustawy Prawo Zamówień Publicznych. O zakresie odpowiedzialności poręczyciela i uprawnieniach Zamawiającego decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły.

W ocenie Izby powyższa argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że nie było sporne między stronami, że podmiot, który udzielił Odwołującemu poręczenia zapłaty wadium, tj. Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej jako ŚRFP lub Poręczyciel) jest podmiotem uprawnionym zgodnie z art. 97 ust. 7 pkt 4) ustawy Pzp do udzielania poręczeń wnoszonych jako wadium w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Nie była również sporna między stronami forma, w jakiej poręczenie udzielone tytułem wadium, zostało wniesione

do Zamawiającego ani również poprawność sporządzenia poręczenia oraz jego treści, która by stanowiła o wadliwości poręczenia w stosunku do regulacji Kodeksu Cywilnego.

Sporna między stronami pozostawała treść § 3 ust. 1 Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (dalej jako poręczenie), z uwagi na zwrot: *na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie*, z której Zamawiający wywodzi iż poręczenie nie spełnia wymogu „bezwartunkowości i nieodwołalności”, co świadczy o tym, iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Wskazać należy, iż na gruncie Prawa Zamówień Publicznych nie została uregulowana instytucja poręczenia, wnoszonego w formie wadium. Ustawodawca wskazał jedynie, iż jest ona jedną z form, w której wykonawca może wnieść wadium, a decyzja w zakresie wyboru formy wadium należy do wykonawcy. Instytucja poręczenia została uregulowana w Kodeksie Cywilnym w art. 876 – 887.

Zgodnie z art. 8 ust 1 ustawy Pzp 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 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem analiza postanowień zawartych w Oświadczeniu Poręczyciela winna być dokonywana w oparciu o regulację Kodeksu Cywilnego, i w takim zakresie podlega również wykładni.

Wykładnia gwarancji to nic innego jak odwzorowanie treści wynikającej zarówno z literalnego brzmienia gwarancji, jak i przyświecającej woli stron umowy w oparciu o przepis art. 65 KC. Na potrzebę takiej wykładni zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 2018-02-15, IV CSK 86/17 stwierdził, że „decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty”. Izba w przedmiotowym zakresie wskazuje również na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 lipca 2016 roku, KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, gdzie Izba uznała, że gwarancja wadialna tak, jak każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia.

Zgodnie z art. 876 § 1 KC *Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.*

Podkreślenia wymaga, że treść Poręczenia w § 3 ust 1 stanowi odzwierciedlenie zwrotu wynikającego z art. 876 § 1 KC, tj. *na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego*

zobowiązania w terminie, a zatem, posłużenie się nim w treści poręczenia, nie może być uznane za nieprawidłowość, skoro wynika ono wprost z regulacji Kodeksu Cywilnego, tj. przepisów właściwych dla tej formy wadium. Skoro dokument poręczenia został sporządzony zgodnie z wymaganą dla niego regulacją (co nie było kwestionowane przez Zamawiającego) nie można mówić o wniesieniu wadium w sposób nieprawidłowy. Ponadto poręczenie, jako dokument wskazany przez ustawodawcę jako jedną z form wniesienia wadium, sporządzony zgodnie z wymaganiami właściwych przepisów, nie może być kwestionowany przez Zamawiającego, jako niezabezpieczający jego interesów w sposób należyty, bowiem to ustawodawca dopuścił taką formę wniesienia wadium (poręczenie). Zamawiający, poprzez kwestionowanie prawidłowości złożonego poręczenia, którego treść odpowiada regulacji Kodeksu Cywilnego, niejako podważa możliwość wniesienia wadium w formie poręczenia, do czego nie jest uprawniony.

W ocenie treści w § 3 ust 1 poręczenia, nie można również pominąć wyjaśnień udzielonych przez przedstawiciela Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. w Katowicach, zgodnie z którymi:

Fundusz jako poręczyciel jest dłużnikiem solidarnym z STS (Odwołującym). Jeżeli wystąpi jedna z sytuacji opisanych w przepisach Prawa zamówień publicznych (Pzp), to wadium zostanie zatrzymane przez zamawiającego, a skoro było udzielone poręczenie, to powstanie obowiązek wpłacenia wadium przez STS lub poręczyciela. Obowiązek wpłaty wadium wynika z Pzp. Zgodnie z prawem cywilnym po stronie zamawiającego może powstać roszczenie

o zapłatę wadium przez dłużników solidarnych: STS lub poręczyciela, ale zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, że wystąpiła sytuacja opisana w Pzp powodująca zatrzymanie wadium. Po takim zawiadomieniu roszczenie staje się wymagalne z mocy prawa, bo obowiązek zapłaty wynika z ustawy. Zatem wymagalność i obowiązek zapłaty powstają niejako automatycznie. W par. 3 ust. 1 Oświadczenia Poręczyciela słowa "na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie" znaczą tyle, że STS mogłaby wpłacić wadium w tym samym dniu, w którym otrzyma informację o odrzuceniu jej oferty. A to zwalnia Fundusz z obowiązku zapłaty wadium. I takie jest znaczenie tych słów. Jeżeli wykonawca wpłaci wadium, ale nie musi być uprzednio wzywany przez zamawiającego ani zamawiający nie musi niczego udowadniać poręczycielowi, to zobowiązanie poręczyciela wygaśnie. Słów "na wypadek" nie można utożsamiać ze słowami "pod warunkiem", bo znaczą co innego. Poza tym w par. 4 Oświadczenia poręczyciel jednoznacznie wskazał, że oświadczenie o udzieleniu poręczenia jest bezwarunkowe, więc zamawiający nie może "kreować" warunków, które nie znalazły się w oświadczeniu.

Z powyższego wynika, co istotne jest dla sprawy, iż użyty w poręczeniu zwrot: „na wypadek” nie jest równoznaczny z ustanowieniem warunku, od ziszczenie się którego Poręczyciel uzależnia możliwość wywiązanie się z zobowiązania. Takiej wykładni poręczenia – którą reprezentuje Zamawiający - przeczy również treść § 4 ust. 1, zgodnie z którą *Poręczyciel dokona wpłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeśli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3.*

W ocenie Izby, z powyższego jednoznacznie wynika, że zobowiązanie poręczyciela ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny płatne na pisemne żądanie, a zatem stanowi spełnienie wymogu ustanowionego przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w Rozdziale XXII pkt. 9.

Zamawiający kwestionuje prawidłowość treści poręczenia, twierdząc że postanowienie w nim zawarte stanowi wypaczenie istoty i natury wadium, ponieważ po wypełnieniu przesłanek zatrzymania wadium w pierwszej kolejności Zamawiający miałby oczekiwać, że Wykonawca zapłaci kwotę w wysokości ustalonego wadium lub zwróci się do niego, wyznaczając mu odpowiedni termin do zapłaty tej kwoty, a realizacja wykonania tego obowiązku przez niego miałaby być dopiero zabezpieczona poręczeniem wadium.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. Izba, za wiarygodne przyjęła stanowisko przedstawiciela Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. w Katowicach, który w wyjaśnieniach z dnia 30 sierpnia 2021 r. wskazał, że słowa: *„Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie”, odnoszą się do tego, że skoro wykonawca nie wpłaca wadium dobrowolnie bądź na wezwanie zamawiającego, to poręczyciel dokona zapłaty.* Zwrot *"w terminie"* nie odnosi się do tego, że zamawiający musi wyznaczyć termin wykonawcy lub go wezwać do zapłaty, to nie jest konieczne, bo nie wynika z treści Oświadczenia. *"W terminie"* odnosi się do okresu, w którym roszczenie zamawiającego jest wymagalne i nie jest przedawnione. Należy zwrócić uwagę, że obowiązek zapłaty wadium przez poręczyciela jest równoznaczny z obowiązkiem zapłaty wadium przez wykonawcę. Nie może być tak, że wykonawca nie będzie miał obowiązku do zapłaty wadium, a poręczyciel będzie zobowiązany. Zobowiązanie poręczyciela do zapłaty wadium jest solidarne ze zobowiązaniem wykonawcy, oba zobowiązania powstają jednocześnie. Omawiany zwrot dotyczy sytuacji *"o ile Wykonawca nie zapłaci wadium pierwszy", ale nie można tego interpretować jako warunku, bo Oświadczenie go nie zawiera.*

Izba podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r. sygn. akt. KIO 2988/20 że mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy po przekazaniu wykonawcy informacji, że zamawiający dokona zatrzymania wadium, wykonawca ten niejako „ubiegnie” poręczyciela i sam wpłaci do zamawiającego kwotę wadium mającą być zatrzymaną przez zamawiającego. Żaden przepis ustawy Pzp ani k.c. nie formułuje zakazu w tym zakresie. Oczywistym jest, że zamawiający zaspokojony w żądanym zakresie przez wykonawcę nie ma podstaw prawnych, aby domagać się kolejnej wpłaty na jego rzecz z tego tytułu przez poręczyciela (o czym mowa w § 3 pkt 1 gwarancji), bo to stanowiłoby co najmniej bezpodstawne wzbogacenie, o którym mowa w art. 405 k.c.

Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała stanowisko, zgodnie z którym po wypełnieniu przesłanek zatrzymania wadium w pierwszej kolejności Zamawiający miałby oczekiwać, że Wykonawca zapłaci kwotę w wysokości ustalonego wadium lub zwróci się do niego, wyznaczając mu odpowiedni termin do zapłaty tej kwoty, a realizacja wykonania tego obowiązku miałaby być dopiero zabezpieczona poręczeniem wadialnym.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, iż w treści poręczenia występuje sprzeczność pomiędzy treścią § 3 oraz § 4, której skutkiem jest brak zabezpieczenia w pełni interesów Zamawiającego w stopniu odpowiadającym gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub wpłaconym środkom pieniężnym bezpośrednio do Zamawiającego. Treść § 4 ust. 1 potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, że wniesione wadium ma charakter nieodwołalny i bezwarunkowy a poręczyciel zobowiązuje się do wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego na pierwsze żądanie. Nieuzasadnionym jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że złożone wadium w postaci Poręczenia nie zabezpiecza w pełni jego interesów, w stopniu odpowiadającym gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub wpłaconym środkom w pieniądzu bezpośrednio do Zamawiającego.

Izba uwzględniła dowody załączone do odwołania oraz złożone podczas rozprawy przez Odwołującego, na okoliczność prawidłowości wniesionego wadium w formie poręczenia,

w postaci „Wykazu Wypłaconych Przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. Poręczeń Wadialnych”, „Wykazu Wygranych Przetargów Przez Klientów Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o.” (zabezpieczonych poręczeniem wadialnym ŚRFP), oraz kopii przykładowych wezwań zamawiających do zapłaty wadium, wniesionych w formie poręczenia udzielonego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. o treści tożsamej, jak poręczenie wniesione w niniejszym postępowaniu, oraz kopii przelewów wykonanych w związku z ww. wezwaniem.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o nieuwzględnienie złożonych dowodów z uwagi na brak wiedzy, czy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na które powołuje

się Odwołujący zostały poddane kontroli przez właściwe organy. Izba podkreśla, iż bez znaczenia dla sprawy jest wynik kontroli poprawności przywołanych postępowań, bowiem niezależnie od tego czy zostały przeprowadzone prawidłowo oraz czy zostały poddane kontroli właściwych organów, Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. wywiązał się ze swoich zobowiązań, w postaci zapłaty należnej kwoty wadium.

Pokreślenia wymaga również okoliczność, że Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, iż Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, udzielając poręczenia o treści tożsamej z kwestionowaną przez Zamawiającego, wnoszonego jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kiedykolwiek uchylił się od zapłaty wadium na wezwanie Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 26 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3468/20 przywołanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym *wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe tylko wówczas, jeśli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.*

Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający nie dowiódł, że poręczenie wniesione przez Odwołującego tytułem wadium, nie daje możliwości skutecznego zrealizowania roszczeń Zamawiającego, a prezentowane stanowisko oparł wyłącznie na własnych przypuszczeniach. Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, zatem Zamawiający nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови dowodowemu.

Reasumując, w ocenie Izby zarzuty podniesione w pkt 1-5 odwołania zostały potwierdzone.

W przedmiotowym stanie faktycznym odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne. Brak było podstaw do uznania, aby poręczenie wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy w sytuacji, gdy kwestionowana treść poręczenia wynika z przepisu Kodeksu Cywilnego, z poręczenia wynika zobowiązanie do bezwarunkowego i nieodwołalnego na pierwsze żądanie zapłaty wadium, a ustawodawca dopuścił poręczenie, jako jedną z form wniesienia wadium.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego podniesione dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż wadium wniesione w formie poręczenie obowiązywało od dnia 12 sierpnia 2021 r, a nie od dnia, w którym Odwołujący złożył ofertę, tj. od 11 sierpnia 2021 r., przez co w dniu złożenia oferty, Odwołujący nie posiadał gwarancji wypłaty wadium w formie poręczenia, a co świadczy o tym, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Izba wskazuje, że Zamawiający błędnie utożsamia upływ terminu składania ofert, o którym mowa w art. 97 ust. 5 Pzp z terminem, w którym wykonawca składa ofertę w postępowaniu. Upływ terminu składania ofert jest wyznaczony przez Zamawiającego i wyraźnie wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Określenie terminu składania ofert nie wyklucza możliwości złożenia oferty wcześniej niż wskazany termin. Wykonawca może złożyć ofertę nawet z kilkudniowym wyprzedzeniem, nie oznacza to jednak, że składane przez niego wadium ma obowiązywać od terminu w którym złożył ofertę. Aby wadium zostało wniesione skutecznie, musi zostać wniesione do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego. W przypadku gdy wykonawca składa ofertę z wyprzedzeniem, w dniu wcześniejszym niż dzień na który przypada upływem terminu składania ofert – tak jak miało to miejsce w analizowanym stanie faktycznym – dzień złożenia oferty i upływ terminu składania ofert nie będą się pokrywały. Ustawodawca łączy negatywne konsekwencje w związku z wniesieniem wadium po upływie terminu składania ofert, tj. terminu wskazanego przez zamawiającego jako termin składania ofert, a nie z terminem w którym wykonawca złożył ofertę.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 sierpnia 2021 r. na godz. 9:00, co oznacza, iż do upływu tego terminu oferta oraz wadium musiały skutecznie zostać wniesione do Zamawiającego. Oferta, która wpłynęła do Zamawiającego 11 sierpnia 2021 r. została złożona przed upływem terminu składania ofert. Również wadium złożone łącznie z ofertą w dniu 11 sierpnia 2021 r., obowiązujące od dnia 12 sierpnia 2021 r. zostało wniesione do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niezasadną Izba uznała również argumentację Zamawiającego podniesioną w odpowiedzi na odwołanie, dotyczącą braku umocowania dla lidera konsorcjum do wystąpienia w imieniu konsorcjum z wnioskiem o udzielenie poręczenia wadium w dniu 19 lipca 2021 r., skoro pełnomocnictwo zostało udzielone liderowi konsorcjum dopiero 5 sierpnia 2021 r. Izba wskazuje, że pełnomocnictwo datowane na dzień 4 sierpnia 2021 r. (udzielone liderowi konsorcjum 5 sierpnia 2021 r.) obejmuje umocowanie dla lidera konsorcjum do złożenia oferty w imieniu konsorcjum oraz innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i nie obejmuje czynności związanych z przygotowaniem wadium. Zatem nie może ono stanowić podstawy do argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego. Pełnomocnictwo to nie dowodzi,

że na potrzeby wystąpienia z wnioskiem o udzielenie poręczenia przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., lider konsorcjum nie został prawidłowo umocowany przez konsorcjanta. Co więcej, wystawione poręczenie przez Poręczyciela, świadczy o tym, że nie miał on wątpliwości co do prawidłowości umocowania dla lidera konsorcjum. Powyższa argumentacja Zamawiającego również nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu 6 odwołania, tj. naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp w związku z art. 266 Pzp polegającego na unieważnieniu postępowania z uwagi na fakt, że najniższa cena przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do kwoty najkorzystniejszej oferty, podczas gdy Zamawiający na zamówienie przeznaczył kwotę 2.700.000,00 zł, a Odwołujący złożył ofertę na kwotę 2.427.204,50 zł, Izba uznała zarzut za zasadny.

W ocenie Izby nie potwierdziły się okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 14 Pzp, zatem oferta ta, jako niepodlegająca odrzuceniu, winna zostać poddana czynnościom oceny i badania, a w przypadku uznania jej za najkorzystniejszą, ilość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia przewyższa cenę zaoferowaną przez Odwołującego. Zatem nie wystąpią okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: