

WYROK
z dnia 15 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków Kolonia, ul. Akcyjowa 1, 08-110 Siedlce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań (adres do korespondencji: ENEA Operator Sp. z o.o., Oddział Dystrybucji Poznań, ul. Panny Marii 2, 61-108 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Eltel Networks Energetyka S.A., Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków Kolonia, ul. Akcyjowa 1, 08-110 Siedlce**, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy **ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków Kolonia, ul. Akcyjowa 1, 08-110 Siedlce**.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań (adres do korespondencji: ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań, ul. Panny Marii 2, 61-108 Poznań i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków Kolonia, ul. Akcyjowa 1, 08-110 Siedlce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** (adres do korespondencji: **ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań, ul. Panny Marii 2, 61-108 Poznań** na rzecz wykonawcy **ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków Kolonia, ul. Akcyjowa 1, 08-110 Siedlce** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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

ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę linii kablowych 110 kV Garbary - Cytadela, Garbary - EC Karolin wraz z budową stacji 110/15/6 kV Garbary celem poprawy zasilania miasta Poznań”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2021 r., nr 2021/S 107 - 282794.

W dniu 28 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, to jest z uwagi na fakt, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

W dniu 6 sierpnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ELMO Spółka Akcyjna z siedzibą w miejscowości Żelków, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w tej samej dacie) od czynności Zamawiającego polegającej na:

1. odrzuceniu z naruszeniem prawa oferty złożonej przez Odwołującego,
2. zaniechania czynności oceny oferty złożonej przez wskazanego Wykonawcę,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w przypadku, gdy Odwołujący w sposób prawidłowy wniósł wadium w postępowaniu i gwarancja wadium Odwołującego w swej treści zawiera wszystkie przesłanki i okoliczności wynikające z art. 97 ustawy Pzp, w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, jak również przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błędne uznanie

(z naruszeniem zasad proporcjonalności oraz efektywności wydatkowania środków

publicznych), że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. poprzez zaniechanie wykładni treści gwarancji wadialnej uwzględniającej wskazane w jej treści okoliczności, przesłanki kryjące się za konkretnie wskazanymi numerami artykułów, które wprost odpowiadają okolicznościom, przesłankom kryjącym się za art. 97 i 98 ustawy Pzp,
3. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 97 ustawy Pzp i w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, przy wykorzystaniu ogólnego wzorca;
4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej gwarancji wadialnej;
5. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w zastosowaniu surowszych wymagań w stosunku do gwarancji wadialnej Odwołującego aniżeli jest to wskazane w SWZ dla postępowania oraz w ustawie Pzp oraz nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej Odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści pisma, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
4. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty 20.000 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, jak również ewentualnych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w przypadku skorzystania przez Odwołującego z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

Jednocześnie Odwołujący wniósł w zakresie postępowania dowodowego o:

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentu - zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28 lipca 2021 r., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, uzasadnienie tego działania w sposób ogólnikowy;
2. przeprowadzenie dowodu z dokumentu - gwarancji ubezpieczeniowej nr 1062829872/GWo/2021/091 z dnia 16 lipca 2021 r., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, prawidłowość wniesionego wadium;
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentu - oświadczenia PZU z dnia 6 sierpnia 2021 r., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, prawidłowość wniesionego wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że w sposób prawidłowy wnioś wadium w postępowaniu i złożona przez niego gwarancja wadium w swej treści zawiera wszystkie przesłanki i okoliczności wynikające z art. 97 ustawy Pzp, w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia jego oferty, jak również uznanie, że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W ramach niniejszego postępowania, Wykonawca związany jest ofertą do dnia 16 października 2021 r. (pierwotnie do dnia 13 października 2021 r.).

Odwołujący podkreślił, że wnioś wadium prawidłowo, zgodnie z postanowieniami SWZ obowiązującymi w ramach niniejszego przetargu, jak również na podstawie i w zgodzie z obowiązującymi przepisami, tj.:

- wnioś wadium w kwocie 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) w formie gwarancji ubezpieczeniowej;
- gwarancja zawiera szczegółowe oznaczenie postępowania, w którym wnoszone jest wadium. Zgodnie z jej treścią, termin wypłaty żądanej kwoty beneficjentowi jest nie dłuższy niż 14 dni od dnia złożenia żądania - gwarancja stanowi, że wynosi 14 dni;
- termin obowiązywania gwarancji nie jest krótszy niż termin związania ofertą. Obejmuje cały okres związania ofertą i w całym tym okresie Zamawiający może zgłosić żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej. Gwarancja obowiązuje do ostatniego dnia okresu obowiązywania włącznie.

Nadto dodał, że brak jest jakichkolwiek podstaw, aby wymagać od wykonawców zabezpieczenia oferty na okres dłuższy niż okres związania ofertą. Zwłaszcza, że w przypadku, gdyby ten okres dobiegał końca Odwołujący przedłużyłby poza ważnością oferty również ważność wadium.

Zamawiający wymagał też, by gwarancja upoważniała Zamawiającego do złożenia żądania wypłaty całej kwoty wadium w całym okresie związania ofertą i ten warunek złożona

przez Odwołującego gwarancja również spełnia. Zamawiający może złożyć żądanie wypłaty do 16 października 2021 r. włącznie - czyli przez cały okres związania ofertą.

Odnosnie terminu ważności gwarancji dodatkowo podniósł, że nie mamy tutaj do czynienia z terminem do wykonania jakiejś czynności. Termin związania ofertą nie jest terminem do wykonania jakiegokolwiek czynności. Sama instytucja związania ofertą oznacza tylko czas, przez który wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy. Nie oznacza ona jednak terminu na zawarcie umowy - przecież tę można zawrzeć także po upływie okresu związania (o ile wykonawca będzie miał taką wolę). O terminie do wykonania czynności będziemy mówić tam, gdzie zamawiający wyznaczy termin składania dokumentów, przedłużenia wadium itd. (a zatem wykonawca ma obowiązek w określonym czasie złożyć określone oświadczenia lub dokumenty). Z dokładnie tego samego powodu nie ma podstaw żądać przedłużenia ważności gwarancji wadium - skoro okres związania ofertą kończy się w sobotę czy niedzielę, w poniedziałek gwarancja nie ma już czego zabezpieczać.

Wskazał także, że Zamawiający nie dokonał wykładni oświadczenia woli w myśl art. 65 k.c., a poprzestał wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu gwarancji z tekstem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który znalazł na potwierdzenie swych twierdzeń, a który dotyczy innego stanu faktycznego, bez uwzględnienia przede wszystkim treści SWZ dla postępowania, a także celu, okoliczności, skutków danego oświadczenia woli i tym samym naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 11 2 k.c.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w miejscowości Gutkowo otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 12 sierpnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w miejscowości Gutkowo zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 10 września 2021 r. (pismo z dnia 7 września 2021 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w miejscowości Gutkowo do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w SWZ w rozdział 7 „WADIUM” zamieścił m.in. następujące postanowienia:

„7.4. W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie niegotówkowej z treści dokumentu wadium musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

(...)

7.4.4. termin obowiązywania gwarancji / poręczenia, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą (w szczególności Zamawiający wymaga, by gwarancja / poręczenie upoważniała Zamawiającego do złożenia żądania wypłaty całej kwoty wadium w całym okresie związania ofertą).”

Nadto w rozdziale „11.TERMIN ZWIĄZANIA OFERTA” zamieścił postanowienie:

11.1. Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 13.10.2021 r.

11.2. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w pkt 11.1. SWZ, Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwróci się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.

11.3. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.”

Pismem z dnia 6 lipca 2021 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia (Modyfikacja nr 19) w sposób następujący:

„11.1. Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 13.10.2021 r.

na:

11.1. Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 16.10.2021 r.”.

Odwołujący w treści „Formularza oferty” oświadczył m.in., że „wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej” oraz „jestem(śmy) związany(i) niniejszą ofertą przez okres 90 dni od upływu terminu składania ofert”.

Odwołujący złożył „Gwarancję ubezpieczeniową Nr 1062829872/GWo/2021/091”, w treści której wskazano „Okres obowiązywania: od 19.07.2021 r. do 16.10.2021 r.”

W dniu 28 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, to jest z uwagi na fakt, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Na tej podstawie Zamawiający – jak wynika z protokołu postępowania – odrzucił oferty 6 wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

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

Jedną z przesłanek nakazujących odrzucenie oferty enumeratywnie wymienionych w wyżej wymienionym przepisie, stanowiącą w tym stanie faktycznym podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, jest nieprawidłowe wniesienie wadium.

Zastosowanie przez Zamawiającego przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, w tym nieprawidłowego wniesienia wadium, jest możliwe w sytuacji gdy Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium na zasadach określonych w art. 97–98 ustawy Pzp. Wadium - zgodnie z art. 97 ust. 5 i 6 ustawy Pzp - wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp), natomiast przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wadium powinno być więc wniesione na cały okres związania oferta.

Termin związania ofertą określa Zamawiający, przy czym początek związania ofertą i maksymalną długość okresu związania ofertą określają przepisy ustawy Pzp. Pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Natomiast maksymalny okres związania ofertą liczony jest od dnia upływu terminu składania ofert. Maksymalny termin związania ofertą jaki może wyznaczyć Zamawiający jest uzależniony od wartości przedmiotu zamówienia, którego dane postępowanie dotyczy.

Termin związania ofertą jest określany w dokumentach zamówienia jako jeden z warunków zamówienia i jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający – zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy Pzp - zobowiązany jest do określenia terminu związania ofertą w dokumentach poprzez wskazanie daty i terminu. To ten termin będzie wiążący dla wykonawców. Aktualnie obowiązująca ustawa Pzp wymaga bowiem, aby Zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu wskazał konkretną datę, co daje pewność w zakresie ram okresu związania ofertą oraz odnośnie okresu, na jaki musi być ustanowione wadium. Termin ten (maksymalny termin związania ofertą) musi być więc jednoznacznie określony.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający określił w SWZ maksymalny termin w jakim wykonawcy pozostają związani ofertą, wskazując iż „wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 16.10.2021 r.” Maksymalny termin związania ofertą został określony w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp przez wskazanie konkretnej daty. Tak więc wadium wniesione przez Odwołującego obejmuje cały okres związania ofertą wskazany w SWZ („od 19.07.2021 r. do 16.10.2021 r.”). Tym samym nieuprawnione było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego. Przyznanie racji Zamawiającemu oznaczałoby bowiem, że zastosowanie się przez wykonawcę do wymogów postawionych przez Zamawiającego w SWZ, skutkowałoby odrzuceniem oferty. Tymczasem maksymalny termin związania ofertą został jednoznacznie określony i na ten czas wadium zostało wniesione - na cały termin związania ofertą.

Przywołane przez Zamawiającego orzeczenia zapadły w innym stanie prawnym a uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego poza zacytowaniem orzeczenia Izby nie wyjaśnia Odwołującemu przyczyn, dla których Zamawiający uznał, że wniósł on wadium sposób nieprawidłowy.

Reasumując stwierdzić należy, że zarzut ten potwierdził się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pxp *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego*. Oznacza to, że Izba ocenia zarzuty odwołania, mając na uwadze stan sprawy ustalony w postępowaniu odwoławczym. Z protokołu postępowania przetargowego, jak również oświadczeń złożonych podczas rozprawy wynika, iż Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. Wobec powyższego, uwzględniając odwołanie, czynność tę należało także unieważnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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: