

WYROK
z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2021 r. przez wykonawcę: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Bystra - Sidzina

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r. poz. 2019, 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

Zamawiający Gmina Bystra-Sydzina prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Bystra- Sidzina”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 771807-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 30 marca wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na uznaniu, że:

1. oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy;
2. oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z treścią ustawy;
3. oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożona przez odwołującego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że wadium złożone przez odwołującego jest nieprawidłowe, podczas gdy wadium w całości zabezpiecza ewentualne roszczenia zamawiającego, jest bezwarunkowe i nieodwołalne oraz spełnia wszelkie wymogi postawione wadium, a przez to wadium winno być uznane za prawidłowe;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą, podczas gdy odwołujący złożył ofertę w całości zgodną z ustawą, a zamawiający nie udowodnił odmiennego stanu (niezgodności z treścią ustawy);
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, podczas gdy odwołujący złożył ofertę w

całości zgodną z przepisami powszechnie obowiązującymi, a zamawiający nie udowodnił odmiennego stanu (nieważności na podstawie odrębnych przepisów);

4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pozorne uargumentowanie przyczyn odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy na zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia rzeczywistego zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty odwołującego i udowodnienia, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa rzeczywiście nie zabezpiecza interesu zamawiającego oraz przedstawienia rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dotyczącego ewentualnego odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 24 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający w dniu 25 marca 2021 r. dokonał m.in. czynności odrzucenia oferty odwołującego. Przyczyną odrzucenia oferty odwołującego było nieprawidłowe wniesienie wadium. Wskazane w treści złożonej przez odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej nr 908577085238 z dnia 14 stycznia 2021 r. (wraz z aneksem) podstawy powstania roszczenia o wypłatę odwoływały się do przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia

prowadzone jest przez zamawiającego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji również przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 8 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że dokument gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlega procedurze uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ani procedurze wyjaśnienia tak na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jak i na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (nie stanowi dokumentu, o którym mowa w tych przepisach, ani treści oferty). Treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w dokumencie gwarancji podlega jednak wykładni – jak każde inne oświadczenie woli, zgodnie z przepisem art. 65 par. 1 Kodeksu cywilnego, co zostało potwierdzone m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17. Dokonując wykładni treści gwarancji wadialnej należy również mieć na uwadze okoliczności i cel wniesienia wadium, tj. zagwarantowanie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma być finansowane ze środków publicznych. Z tego też powodu w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż wykładnia oświadczenia woli zawartego w dokumencie gwarancji wadialnej jest dopuszczalna, jednakże nie powinna mieć charakteru zbyt liberalnego. Wniesienie wadium w formie niepieniężnej powinno dawać taki sam stopień zabezpieczenia jak wniesienie wadium w formie pieniężnej. Mając na uwadze dysponowanie środkami publicznymi zamawiający nie może ryzykować, że gwarant odmówi wypłaty z tytułu gwarancji. Z drugiej strony na wykonawcach biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciąży obowiązek dochowania należytej staranności w ramach czynności podejmowanych w toku postępowania, a oceny w tym zakresie dokonuje się według wzorca należytej staranności wymaganej od profesjonalistów w obrocie prawnym.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że dokonana przez zamawiającego ocena gwarancji wadialnej wniesionej przez odwołującego w postępowaniu była prawidłowa. Gwarancja ta, w związku z tym że swą treścią nie obejmowała podstaw wypłaty kwoty tytułem gwarancji wymaganych przepisami ustawy Pzp, na podstawie których prowadzone było postępowanie, nie stanowiła dla zamawiającego wystarczającego zabezpieczenia. Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Natomiast zgodnie z przepisem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz

z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. O ile podstawy wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zostały w treści gwarancji wymienione wprost, to inaczej rzecz wygląda z podstawami wymienionymi w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, które nie zostały objęte treścią gwarancji. W szczególności należy zauważyć, że w sytuacji, w której podstawą wypłaty środków pieniężnych z gwarancji ma być brak udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie określonego przepisu, to istotną okolicznością staje się tożsamość tych przepisów (wskazanych w ustawie oraz treści gwarancji), której to brak w niniejszej sprawie. Sytuacje braku odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp nie zostały objęte treścią ww. gwarancji. W treści gwarancji zostały wskazane jako podstawy roszczenia o wypłatę gwarancji sytuacje braku udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jednakże chodzi tu o wezwania oparte o inną podstawę prawną – przepisy ustawy Pzp z 2019 r., a zatem wezwania, które w prowadzącym postępowaniu nie mogłyby być wystosowane przez zamawiającego do wykonawcy. W ocenie Izby przyjęcie wbrew treści dokumentu gwarancji, że obejmuje on częściowo inne podstawy wypłaty kwoty z gwarancji niż literalnie w niej wskazane, stanowiłoby wykładnię treści tego dokumentu niedopuszczalną na gruncie przepisów ustawy Pzp. Podstawy powstania roszczenia o wypłatę z gwarancji to jedna z najistotniejszych części tego dokumentu. Należy przypomnieć, że oferta powinna być w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium już od momentu upływu terminu składania ofert. W niniejszej sprawie złożona przez odwołującego gwarancja nie stanowiła prawidłowego zabezpieczenia oferty i w związku z tym czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Izba uznała za prawidłową. Natomiast należy zgodzić się z odwołującym, że zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na czym miało polegać zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania potwierdziły się, jednak nie mają one istotnego wpływu na wynik postępowania, skoro odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp było prawidłowe. W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przedstawione przez zamawiającego obszernie uzasadnienie tej czynności, odnoszące się tak do okoliczności faktycznych jak i kwestii prawnych, z całą pewnością należy uznać za stanowiące wypełnienie obowiązku zamawiającego określonego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto należy zauważyć, że błędne jest stanowisko odwołującego, że zamawiający był ograniczony w czasie co do możliwości odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący nie wskazał żadnego przepisu, z którego miałyby to wynikać. Należy

przypomnieć, że zamawiający zawsze obowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Do momentu zakończenia postępowania zamawiający uprawniony jest do unieważnienia podjętych uprzednio decyzji celem doprowadzenia do zgodności prowadzonego postępowania z przepisami prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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: