

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 24 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej, wraz z sprawowaniem nadzoru autorskiego w ramach realizacji Projektu „Poprawa funkcjonowania komunikacji miejskiej w Toruniu - BiT-City II”, numer referencyjny postępowania: MZK.D-251-01/17

Odwołujący: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na rzekome nieskuteczne przedłużenie terminu związania ofertą przez Wykonawcę w związku z nieprzedłużeniem okresu ważności wadium albo niewniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy.
2. dokonanie czynności wyboru ofert z pominięciem oferty Odwołującego, a tym samym dokonanie wyboru oferty WYG International Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący posiada interes prawny w sprawie oraz w złożeniu odwołania, albowiem oferta złożona przez niego była ofertą najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego biorąc pod uwagę cenę, była na drugim miejscu w rankingu. Uwzględniając jednak kryterium Doświadczenie osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zadania - liczba wykonanych projektów w branży uzyskała więcej punktów od oferty wykonawcy z najniższą ceną. Potwierdza to także pismo Zamawiającego z dnia 26 maja 2017 roku. W wyniku sprzecznych z ustawą działań Zamawiającego, Odwołujący stracił więc szansę na udzielenie mu zamówienia, za czym zaś konsekwentnie idzie również możliwość uzyskania wynagrodzenia, które mógłby otrzymać za wykonane prace w razie wyboru jego oferty. Z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, utracił on zatem również możliwość zysku oraz poniósł koszty związane z udziałem w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, zaskarża w całości opisane czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego spółki Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jak i (będący konsekwencją ww. decyzji) wybór oferty konkurencyjnej, to jest oferty WYG International Sp. z o.o.

Rozstrzygnięciu Zamawiającego zarzuca w szczególności naruszenie przepisu:

1. art. 85 ust. 4 p.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący nieskutecznie przedłużył termin związania ofertą z powodu braku jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, podczas gdy Odwołujący przesłał Zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z kopią aneksu do gwarancji wadialnej przed upływem terminu związania ofertą;

2. art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b w zw. z art. 85 ust. 4 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że brak przedłożenia oryginału aneksu do gwarancji wadialnej przed upływem terminu związania ofertą stanowi o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz niewniesieniu wadium bądź wniesieniu go w sposób nieprawidłowy.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o unieważnienie ww. czynności Zamawiającego - tj. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jak i czynności wyboru ofert oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w toku postępowania - z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Pismem z dnia 27 lipca 2017 roku (doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie za pośrednictwem korespondencji mailowej) Zamawiający poinformował uczestników o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty dla części „A” zamówienia.

W treści ww. pisma Zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy.

W uzasadnieniu powyższego Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 maja 2017 roku Wykonawca pismem z dnia 31 maja 2017 roku wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą jednak nie załączył oryginału Aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Oryginał został przedłożony Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 8 czerwca 2017 roku (wpływ w dniu 9 czerwca 2017 roku). Według Zamawiającego oryginał aneksu do gwarancji wadialnej wpłynął po upływie pierwotnego terminu związania ofertą i po upływie pierwotnego terminu ważności wadium. Zgodnie z argumentacją Zamawiającego aneks terminowy do gwarancji wadialnej powinien zostać dostarczony Zamawiającemu w oryginale przed upływem terminu ważności pierwotnie złożonego wadium, ponieważ Zamawiający musi dysponować aktualnym wadium w całym okresie związania ofertą.

Z powyższymi zarzutami nie sposób się jednak zgodzić, a to z następujących przyczyn:

II. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą; 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium”. Adekwatnie do treści art. 85

ust. 2 ustawy „Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą [...]”. Zgodnie zaś z art. 85 ust. 4 ustawy „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. [...]”

W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ Odwołujący - w odpowiedzi na prośbę o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - wraz ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą, przesłał Zamawiającemu jedynie kopię aneksu do gwarancji wadialnej.

Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego i wskazuje, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z Aneksem nr 2 do gwarancji wadialnej została przesłana Zamawiającemu niezwłocznie - najpierw za pośrednictwem wiadomości mailowej potem pocztą tradycyjną na podany przez Zamawiającego adres do korespondencji. Oryginał aneksu został przesłany Zamawiającemu pismem z dnia 8 czerwca 2017 roku. Zamawiający - zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty - odebrał przesyłkę w dniu 9 czerwca 2017 roku.

W opinii Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Niespornym jest, iż Odwołujący złożył w niniejszej sprawie skutecznie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. W ocenie Zamawiającego jednak nie doszło do wniesienia wadium lub też wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, z czym nie zgadza się Odwołujący.

Odwołujący w trakcie całego postępowania przetargowego posiadał ważną aktualną gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium. Była ona ważna niezależnie od tego, czy Zamawiający dysponował oryginałem aneksu. Zgodnie z treścią gwarancji dla uzyskania wypłaty wadium wystarczające jest, by Zamawiający skierował do Gwaranta żądanie zapłaty zawierające oświadczenie Beneficjenta, że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności warunkujących wypłatę wadium oraz wskazanie rachunku bankowego, na który Gwarant powinien przelać żadaną kwotę. Żądanie zapłaty winno być dodatkowo podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta. Żadne z postanowień gwarancji nie wymaga, by Zamawiający legitymował się oryginałem gwarancji w celu uzyskania wypłaty żądanej kwoty. Potwierdza to również oświadczenie Gwaranta, które przedkłada w załączeniu.

Dowód: pismo Gwaranta z dnia 2 sierpnia 2017 roku.

Wskazać ponadto należy, że doręczenie Zamawiającemu - wraz z oświadczeniem o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - kopii aneksu do gwarancji sprawiło, że powziął on wiedzę na temat zawarcia takiej umowy. Było to wystarczające, by

Zamawiający mógł przyjąć, że Odwołujący posiada ochronę w razie zaistnienia konieczności wypłaty wadium. W treści gwarancji jasno wskazano bowiem przypadki, w których gwarancja wygasa. Mianowicie, zgodnie z § 4 gwarancji ubezpieczeniowej wygasa ona w przypadku:

- 1) nie doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu obowiązywania gwarancji;
- 2) wyczerpania sumy gwarancyjnej;
- 3) zwolnienia Gwaranta przez Beneficjenta ze wszystkich zobowiązań wynikających z gwarancji;
- 4) gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie zwrócony Gwarantowi przez Beneficjenta przed upływem terminu obowiązywania gwarancji.

Każda z ww. okoliczności jest niezależna od działań Odwołującego. Odwołujący w żaden sposób nie mógł zatem wpłynąć na ważność gwarancji (pomijając już fakt, że nie miał w tym żadnego interesu, a wręcz przeciwnie zależało mu na zawarciu umowy). Od momentu, kiedy aneks do umowy został zawarty, tylko upływ czasu lub działania Zamawiającego mogły doprowadzić do wygaśnięcia gwarancji.

Dowód: - Gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 17 marca 2017 roku;

- Aneks nr 1 z dnia 3 kwietnia 2017 roku do Gwarancji ubezpieczeniowej;

Istota wadium sprowadza się do zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego powstałych na skutek działań oferenta, które uniemożliwiły wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej bądź - po dokonaniu takiego wyboru - uniemożliwiły podpisanie z nim umowy. W czasie całego postępowania od momentu złożenia oferty, poprzez otwarcie ofert, aż do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty i w późniejszym okresie, nie istniało ryzyko zawarcia umowy z Wykonawcą, który nie przedłożył wadium. W przypadku zaistnienia jednej z okoliczności warunkujących wypłatę wadium oraz zgłoszenia przez Zamawiającego żądania wypłaty do Gwaranta, wadium zostałyby Zamawiającemu wypłacone.

Istotne jest także to, iż w chwili przystąpienia Zamawiającego do oceny ofert Zamawiający posiadał już oryginał gwarancji (co również jest okolicznością niesporną). Gdyby zatem nawet uznawał on, iż oryginał ten jest dla niego konieczny, to i tak skorzystałby z niego dopiero po dokonaniu oceny ofert (względnie nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej). Innymi słowy, w dniu w jakim ewentualne przesłanki do skorzystania i zatrzymania wadium by się spełniły, Zamawiający dysponował już zabezpieczeniem w formie, jakiej sam wymagał i jaką uznawał. Odrzucenie oferty odwołującego w niniejszej sprawie sprowadza się zatem do nadmiernego i nieuprawnionego formalizmu Zamawiającego, który nakłada karę na wykonawcę w istocie nie za brak wniesienia wadium, ale za to, iż przez kilka dni Zamawiający był w posiadaniu jedynie kserokopii, a nie oryginału, ważnie udzielonej i wiążącej gwarancji.

Na marginesie stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia nie z samym wniesieniem wadium (które nie było kwestionowane), a z jego przedłużeniem. Zamawiający posiadał wcześniej dostarczone mu oryginały dokumentu wadialnego oraz aneks nr 1 do przekazanej gwarancji. Wprawdzie Zamawiający prosił o dostarczenie oryginałów tych dokumentów to jednak w ocenie Odwołującego, przepisy prawa nie pozwalają na odrzucenie oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie dostarcza oryginału dokumentu wadialnego, a jedynie wówczas gdy wadium nie zostało wniesione lub wniesiono je w sposób nieprawidłowy. Jak wyżej wykazano, w niniejszej sprawie (co potwierdza również sam Gwarant) posiadanie oryginału lub kserokopii dokumentu przez beneficjenta, nie miało dla ważności utrzymania gwarancji wadialnej (jak również jej wypłaty) żadnego znaczenia. Wykładania Zamawiającego w niniejszej sprawie jest zatem zbyt szeroka.

Biorąc po uwagę powyższe, a także fakt, że do skutecznego żądania wypłaty wadium nie jest konieczne posiadanie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, należy stwierdzić, że brak było podstaw do przyjęcia, że Odwołujący wadium nie wniósł bądź wniósł je w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji, że nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy zatem uznać za wadliwą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając stanowisko stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym opartym na zasadzie pisemności. Zauważył, że istota sporu odnosi się do ustalenia, czy odwołujący w sposób przewidziany przepisami prawa wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Złożona przez odwołującego gwarancja wadialna wystawiona dnia 17 marca 2017 r. obejmowała okres od 22 marca 2017 r. do dnia 22 maja 2017 r., a aneks nr 1 do gwarancji wystawiony dnia 3 kwietnia 2017 r. obejmował okres od 5 kwietnia 2017 r. do 5 czerwca 2017 r. Aneks nr 2 z dnia 30 maja 2017 r. obejmował okres od 5 kwietnia 2017 r. do 2 sierpnia 2017 r. Kopia niniejszego aneksu – przedłużająca ważność gwarancji – przesłana została zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 31 maja 2017 r. o godz. 13:40, pismo sygn.. NM/133/2017 bez załączonego oryginału aneksu terminowego wpłynęło 1 czerwca 2017 r., zaś oryginał Aneksu nr 2 do gwarancji dotarł do zamawiającego wraz z pismem NM/137/2017 w dniu 9 czerwca 2017 r.

Zgodnie z przepisami ustawy pzp wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, niezależnie w jakiej formie będzie wnoszone. W odniesieniu do gwarancji wadialnej /bankowej lub ubezpieczeniowej/ oznacza to, że wykonawca zobowiązany jest do

złożenia zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert. W przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie w jakiej gwarancja została wniesiona. W przypadku złożenia dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadialnej, mają zastosowanie te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia takiej gwarancji wadialnej przed terminem składania ofert. Z tego wynika, że wykonawca powinien przekazać dokument przedłużający ważność gwarancji przed upływem jej ważności i dokument ten powinien być wniesiony w oryginale.

W sprawie rozpatrywanej wykonawca zobowiązany był złożyć zamawiającemu aneks gwarancji wadialnej do dnia 5 czerwca 2017 r. Jednakże wykonawca przekazał dokument w dniu 31 maja 2017 r. drogą elektroniczną zaś w oryginale dokument ten dotarł do zamawiającego dopiero w dniu 9 czerwca 2017 r.

Zamawiający stwierdza, że nie ulega wątpliwości, że dowodem wniesienia wadium jest oryginał gwarancji, którą zamawiający dysponuje i na podstawie której może dochodzić swoich roszczeń. Z tego wynika, że jeżeli dokument przedłużający ważność gwarancji wadialnej musi być złożony zamawiającemu w oryginale, to dowodem wniesienia takiego wadium nie jest skan, czy też kserokopia takiego dokumentu. Wbrew twierdzeniom odwołującego skan bądź kserokopia takiego dokumentu nie stanowi dowodu wniesienia wadium, a jedynie jest dowodem, że takie zobowiązanie zawarte w treści gwarancji wadialnej istnieje.

Brak jest podstaw prawnych do utożsamiania daty przedłużenia ważności gwarancji z datą wniesienia tej gwarancji zamawiającemu, który taką gwarancją musi dysponować, aby móc dochodzić swoich roszczeń. Istotnym dla prawidłowości przedłużenia ważności gwarancji wadialnej jest data fizycznego wniesienia zamawiającemu, gdyż ta data decyduje o istnieniu ciągłości zabezpieczenia wadium. Brak ciągłości zabezpieczenia miał miejsce w rozpatrywanej sprawie i obejmował okres od dnia 6 czerwca 2017 r. do 9 czerwca 2017 r. Wobec powyższego zamawiający przyjął, że wystąpiły przesłanki wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający wskazał na art. 85 ust. 2 ustawy pzp wskazujący na możliwość przedłużenia terminu związania ofertą tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W rozpatrywanym stanie faktycznym nie nastąpiło skuteczne przedłużenie ważności wadium, naruszona bowiem została ciągłość bezspornego dysponowania wadium przez zamawiającego. W okresie przed dostarczeniem oryginału aneksu nr 2 do gwarancji wadialnej zamawiający mógł jedynie przypuszczać na podstawie przesłanego drogą elektroniczną skanu, że stosowny aneks został wydany, ale bezsprzecznie, wobec braku dysponowania oryginałem tego dokumentu, nie mógł mieć co do istnienia aneksu pewności.

Skan przesłany jako załącznik do wiadomości e-mail, w przypadku, gdy nie jest opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym tj. tak jak w przedmiotowym przypadku, stanowi wyłącznie niepotwierdzoną kopię dokumentu. Wskazano orzecznictwo na poparcie stanowiska. „/.../ dla skuteczności wniesienia /przedłużenia/ wadium niewystarczające jest samo ustanowienie gwarancji przez bank lub ubezpieczyciela, lecz także przekazanie samego dokumentu gwarancji lub aneksu zamawiającemu. Nawet jeśli uznać ten pogląd za dalece formalistyczny, wynika on i znajduje uzasadnienie w charakterze czynności ustanowienia gwarancji jako czynności abstrakcyjnej (które ze swej istoty są znacznie bardziej formalistyczne niż czynności kauzalne), ściśle powiązanej z wystawionym przez gwaranta dokumentem, jak i z samej konieczności nie tylko ustanowienia wadium, ale wniesienia go do zamawiającego – co w przypadku wadium w postaci gwarancji lub poręczenia oznacza, że zamawiający musi otrzymać dokument zawierający stosowne zobowiązanie” (KIO 1220/11). Także KIO 683/13: ...czynność wniesienia wadium w formie gwarancji obejmuje dwa elementy – ustanowienie gwarancji w wymagany właściwymi przepisami sposób oraz przekazanie dokumentu gwarancji do zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż wystarczające jest wystawienie dokumentu gwarancji przez bank czy ubezpieczyciela. Czynności te mają charakter zewnętrzny wobec zamawiającego. Skuteczność wobec zamawiającego uzyskują one dopiero po przekazaniu dokumentu zamawiającemu.” „Sam fakt obowiązywania gwarancji nieprzerwanie od dnia składania ofert do upływu terminu związania ofertą jest niewystarczający dla uznania, że wadium zostało wniesione. Nietrafnie utożsamia odwołujący pojęcie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z jego ustanowieniem (samym faktem jego istnienia), z pominięciem konieczności posiadania przez zamawiającego dokumentu gwarancji aktualnego w odniesieniu do całego terminu związania ofertą. Jeśli na wadium składa się dokument podstawowy gwarancji oraz aneksy, zamawiający winien wejść w ich posiadanie do upływu terminu składania ofert. Rozumienie przeciwne prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców - uprzywilejowania wykonawców, którzy wnieśli wadium w formie innej niż pieniądź.” (KIO 348/11).

„dowodem wniesienia wadium jest oryginał gwarancji, którą zamawiający dysponuje i na podstawie której może dochodzić swoich roszczeń. Zatem skoro dokument przedłużający ważność gwarancji wadium musi być złożony zamawiającemu w oryginale, to dowodem wniesienia takiego wadium nie jest skan czy kserokopia takiego dokumentu. Skan bądź kserokopia nie stanowi dowodu wniesienia wadium, a jedynie jest dowodem, że takie zobowiązanie – zawarte w treści gwarancji wadium – istnieje. Analogicznie nie można utożsamiać daty przedłużenia ważności gwarancji z datą wniesienia tej gwarancji zamawiającemu, który taką gwarancją musi dysponować, aby móc dochodzić swoich

roszczeń. Istotnym dla prawidłowości przedłużenia ważności gwarancji wadialnej jest data fizycznego wniesienia zamawiającemu, gdyż data ta decyduje o istnieniu ciągłości zabezpieczenia wadium” (KIO 2480/15).

Zamawiający powinien dysponować ważnym wadium w całym okresie związania ofertą. Jakiegokolwiek luki czasowe w tym zakresie są niedopuszczalne. Wskazano orzecznictwo KIO. Zamawiający stwierdził, że w obecnym stanie prawnym /art. 92 ustawy pzp/ wobec braku obowiązku jednoczesnego zawiadomienia wykonawców, był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego już w pierwszym dniu wystąpienia przesłanek dokonania czynności tj. w pierwszym dniu po upływie ważności wadium pierwotnie wniesionego, w którym nie dysponował jeszcze oryginałem aneksu terminowego do gwarancji wadialnej stanowiącej przedmiot wadium.

Za bezzasadne uznał twierdzenia, że w sprawie mamy do czynienia nie z samym wniesieniem wadium /które nie było kwestionowane/, a z jego przedłużeniem, sugerując że tym samym do przedłużania ważności wadium zastosowanie znajdują inne reguły niż do wnoszenia wadium. „W przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie w jakiej gwarancja została wniesiona. Podobnie sytuacja wygląda ze składaniem zamawiającemu dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadialnej. W tej sytuacji stosować należy te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia takiej gwarancji wadialnej przed terminem składania ofert, Z powyższego wynika, że wykonawca powinien przekazać zamawiającemu dokument przedłużający ważność takiej gwarancji przed upływem jej ważności

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący dodatkowo wskazał na celowość uwzględnienia zasady proporcjonalności, w szczególności w świetle art. 18 dyrektywy klasycznej. Złożył pismo procesowe uzasadniające powyższy argument.

Przyznał, że zgodnie z ustawą był zobowiązany do złożenia wadium w formie określonej przepisami. Przypomniał, że wadium zostało wniesione w formie odpowiedniej, a ważność złożonej gwarancji ubezpieczeniowej została przez wykonawcę przedłużona. Przekazał zamawiającemu kopię aneksu do gwarancji, a sporne jest, czy przekazanie oryginału gwarancji z kilkudniowym opóźnieniem może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b w zw. z art. 85 ust. 4.

W ocenie odwołującego przepisy ustawy nie precyzują jednoznacznie tej kwestii. Sam zamawiający w swoim stanowisku powołuje się w dużej mierze przede wszystkim na

orzecznictwo KIO. Orzeczenia te nie są jednak wiążące w niniejszym postępowaniu, często wydane zostały w odmiennym stanie faktycznym.

Dokonując ściśle formalnej interpretacji przepisów ustawy i opierając się wyłącznie na jej dosłownym brzmieniu zamawiający pomija przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, w szczególności wyrażoną w art. 18 tej Dyrektywy zasadę proporcjonalności. Niespornym jest, że wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej prawo unijne stało się częścią obowiązującego porządku prawnego, mając – w przypadku kolizji z przepisami prawa krajowego – pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji jak i przepisy traktatu akcesyjnego.

Zgodnie z art. 18 dyrektywy, określającym zasady udzielania zamówień, instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny /podkr. Odwołujący/. Zasada proporcjonalności nakazuje by ustalane warunki postępowań z zakresu zamówień publicznych były uzasadnione obiektywnymi przesłankami, które powinny być proporcjonalne. Wskazuje się także, iż stosując podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. /podkr. Odwołujący/. Przypomniał funkcję zabezpieczającą wadium i wskazał, że w aktualnym stanie prawnym dopuszcza się wypadki, w których możliwe jest utrzymanie ważnej oferty bez utrzymywania wadium. Tu wskazał na art. 46 ust. 3 ustawy pzp gdzie przewiduje się możliwość „przywrócenia” wadium w razie zmiany rozstrzygnięcia w wyniku rozpatrzenia odwołania. Tym samym oferta nie musi być zabezpieczona wadium w całym okresie postępowania, do chwili podpisania umowy. Przepisy te nie dotyczą niniejszego stanu faktycznego, lecz wskazują na liberalizację czysto formalnych zasad interpretowanych przez orzecznictwo. Przypomniał rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. wydane w wyniku pytania prejudycjalnego KIO z 16 stycznia 2017 r. sygn. KIO 2155/16, gdzie stwierdzono m.in. , że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczenia wykonawcy z przetargu wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy lub sądownictwa.”

W konsekwencji odwołujący wniósł o zastosowanie przez skład orzekający w sprawie wskazanej zasady wynikającej wprost z treści art. 18 dyrektywy.

Odwołujący przypomniał także, że w rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający miał możliwość zaspokojenia z gwarancji wadialnej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem wskazanym w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Stwierdził, że przepisy mające zastosowanie w niniejszej sprawie są jednoznaczne. Na poparcie swojego stanowiska wskazał na linię orzecniczą Izby. Stwierdził, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie doszło do naruszenia zasady proporcjonalności. Stwierdził, że inni wykonawcy skutecznie przedłożyli termin związania ofertą z przedłużeniem terminu ważności wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia innemu wykonawcy.

Istotą sporu jest ustalenie, czy wykonawca w sposób przewidziany przepisami prawa wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Złożona przez odwołującego gwarancja wadium wystawiona dnia 17 marca 2017 r. obejmowała okres od 22 marca 2017 r. do dnia 22 maja 2017 r., a aneks nr 1 do gwarancji wystawiony dnia 3 kwietnia 2017 r. obejmował okres od 5 kwietnia 2017 r. do 5 czerwca 2017 r. Aneks nr 2 z dnia 30 maja 2017 r. obejmował okres od 5 kwietnia 2017 r. do 2 sierpnia 2017 r. Kopia niniejszego aneksu – przedłużająca ważność gwarancji – przesłana została zamawiającemu drogą elektroniczną 31 maja 2017 r. bez załączonego oryginału aneksu, zaś oryginał Aneksu nr 2 do gwarancji dotarł do zamawiającego wraz z pismem NM/137/2017 w dniu 9 czerwca 2017 r.

Nie jest kwestionowany przez strony wymóg, iż zgodnie z przepisami ustawy pzp wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. W odniesieniu do gwarancji wadium /tu ubezpieczeniowej/, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert. Taki też stan faktyczny miał w sprawie miejsce. W ocenie składu orzekającego oczywiste jest, że

także w przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie, w jakiej gwarancja została wniesiona. Do złożenia dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadialnej, mają zastosowanie te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia wadium przed terminem składania ofert. Z tego wynika, że wykonawca powinien przekazać dokument przedłużający ważność gwarancji przed upływem jej ważności i dokument ten powinien być wniesiony w oryginale.

W sprawie rozpatrywanej wykonawca przekazał mający potwierdzać przedłużenie ważności dokument w dniu 31 maja 2017 r. zaś w oryginale dokument ten dotarł do zamawiającego w dniu 9 czerwca 2017 r.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że dokument w postaci skanu bądź kserokopii oznacza skuteczne wniesienie (przedłużenie) wadium, można jedynie przyjąć za wiarygodne, iż wykonawca uzyskał od gwaranta dokument na potwierdzenie przedłużenia zobowiązania wadialnego. Podzielając co do zasady stanowisko odwołującego o sposobie zaspokojenia z gwarancji wadialnej, który nie wymaga od beneficjenta (zamawiającego) przedłożenia dokumentu w oryginale wystawcy, należy zauważyć, iż zgodnie z nazwą dokumentu, zamawiający musi dysponować gwarancją, że otrzymana gwarancja potwierdzona dokumentem nie wygasła. Takiej pewności (gwarancji) jednak nie mógł mieć. Oto bowiem jedną z przesłanek wygaśnięcia, zgodnie z § 4 pkt 4 gwarancji ubezpieczeniowej jest przypadek zwrotu gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. W postanowieniu jest wprawdzie mowa o zwrocie dokonany przez beneficjenta, jest jednak oczywiste, że niezależnie od nadawcy zwrot gwarantowi oryginału skutkowałoby wygaśnięciem gwarancji.

Stanowisko Izby poparte jest utrwaloną praktyką w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w orzecznictwie.

Istota oceny i rozstrzygnięcia oparta jest na uznaniu, że zarówno wadium składane wraz z ofertą, jak i każde kolejne wadium, lub jego przedłużenie wymagają takiej samej formy, zarówno gdy dotyczy to wniesienia w pieniądzu, jak i innych przewidzianych ustawą.

Rozumienie przeciwne prowadziłoby także do nierównego traktowania wykonawców pozostałych w niniejszym postępowaniu, którzy przedłużenia wadium dokonali na zasadach identycznych, jak wniesienia wadium podstawowego.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego wyrażonego w złożonym piśmie procesowym co do wątpliwości interpretacyjnych przepisów ustawy o formach wniesienia wadium i przesłankach odrzucenia oferty z powodu braku wymaganego wadium jako pozostających kolizji z przepisami prawa unijnego. Jednakże odnosząc się do wskazania na art. 18 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, w tym wyrażonej zasady proporcjonalności, należy zauważyć, że

art. 18 Dyrektywy został wdrożony do polskiego porządku prawnego wprost w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący wskazał na fragment postanowienia z 13 lipca 2017 r., nazwanego omyłkowo wyrokiem, zauważając na wymóg sformułowania w dokumentacji przetargowej lub obowiązującej ustawy, a nie wykładni, przesłanek wykluczenia. W sprawie rozpatrywanej przesłanki odrzucenia oferty, w tym na podstawie faktycznej zaistniałej w sprawie, opisane zostały w ustawie, nie wynikają zatem z orzecznictwa. W tym samym postanowieniu Trybunał stwierdził, iż „Nie można zatem w sposób zasadny twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim wykonawcą, czy żądanie przez zamawiającego, by wykonawca przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie znajdują oparcia w przepisach prawa.” Powyższe odnosiło się do polskiego porządku prawnego.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: