

WYROK
z dnia 17 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademii Górniczo – Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie na rzecz Akademii Górniczo – Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty opłaty

skarbowej poniesione z tytułu przedłożenia pełnomocnictwa w postępowaniu odwoławczym.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Górniczo – Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Przebudowa i remont kapitalny Domu Studenckiego DS-11 Bonus przy ul. Budryka 5 e Krakowie, znak: KC-zp.272-431/20.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 30 listopada 2020 roku wykonawca D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Re-Bau pomimo, że wskazany Wykonawca nie wniósł Wadium w sposób prawidłowy , a w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy „Re-Bau”,
2. odrzucenia oferty wykonawcy „Re-Bau”,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, doszło do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu. Pomimo, że Odwołujący w tym postępowaniu zajmuje 3-cie miejsce posiada interes w zakwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący na tym etapie nie posiada obowiązku kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych przed ofertą odwołującego, bowiem z uwagi na to, że w stosunku do oferty obecnie sklasyfikowanej na poz. 2 nie doszło do badania w zakresie braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma możliwości zakwestionowania oferty tego wykonawcy. Prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej jest gwarantowane

każdemu wykonawcy, gdyż jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu tj. wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący kwestionując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej ma potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, bowiem oferta Odwołującego jest ważna, a sam Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wpieryw przedstawił stan faktyczny. Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że Oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości: 200 000,00 PLN (słownie: dwieście tysięcy złotych, 00/100 PLN), określając jednocześnie termin związania ofertą na okres 30 dni.

Wykonawca Re-Bau załączył do oferty Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr COR163519, z dnia 10.11.2020r. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej (§ 2) wynika, że Gwarancja obowiązuje w okresie od dnia 12.11.2020 r. do dnia 12.12.2020 r. włącznie, zwanym dalej okresem obowiązywania.

W § 4 ust. 3 treści Gwarancji znajduje się postanowienie: „Zobowiązania Gwaranta z tytułu Gwarancji wygasają z upływem okresu obowiązywania — nawet jeśli dokument Gwarancji nie zostanie Gwarantowi zwrócony — o ile Beneficjent nie doręczy pod aktualny adres siedziby Gwaranta w okresie obowiązywania gwarancji żądania zapłaty na zasadach określonych w Gwarancji.” Zasady jakie musi spełnić żądanie wypłaty wadium określa § 4 pkt. 2 w którym wskazuje się, że „Za żądanie zapłaty uważa się wyłącznie, sporządzenie w formie pisemnej i skierowanie do Gwaranta wezwania do zapłaty:

- a) zawierające:
 - oświadczenie Beneficjenta w formie pisemnej, że Beneficjent jest uprawniony do zatrzymania wadium w wysokości żądanej od Gwaranta kwoty oraz wskazujące, która okoliczność określona w § 3, jest podstawą tego uprawnienia;
 - wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta oraz
- b) podpisane przez osoby mogące składać oświadczenia woli w imieniu Beneficjenta, co zostanie potwierdzone, na podstawie posiadanych wzorów podpisów, przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta;
- c) do którego dołączony zostanie jednocześnie dokument potwierdzających umocowanie osób podpisujących wezwanie do zapłaty do składania oświadczenia woli w imieniu Beneficjenta.”

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że dla skutecznego zabezpieczenia się z tej gwarancji wadialnej wymagane są następujące, konieczne do wypłaty działania Beneficjenta:

1. złożenie oświadczenia w formie pisemnej,
2. złożenie oświadczenia w siedzibie Gwaranta do terminu obowiązywania gwarancji, a więc do dnia 12.12.2020 r.

3. podpisanie oświadczenia przez osoby uprawnione do reprezentacji Beneficjenta,
4. uzyskanie na oświadczeniu potwierdzenia z Banku prowadzącego rachunek Beneficjenta potwierdzenia prawdziwości podpisów osób składających pismo zawierające żądanie wypłaty wadium.

Poza ww. wskazanymi obowiązkami należy wziąć jednocześnie pod uwagę, że siedziba Zamawiającego mieści się w Krakowie, zaś aktualnym adresem siedziby Gwaranta, pod który należy w terminie obowiązywania gwarancji dostarczyć na piśmie wezwanie do wypłaty wadium mieści się w Warszawie przy ul. Wołoskiej 22A.

Ostatnim dniem obowiązywania Gwarancji nr COR163519 jest 12.12.2020 r. który w tym roku przypada na SOBOTĘ, a jak wynika z informacji publikowanych przez Gwaranta w sobotę siedziba jest nieczynna.

W ocenie Odwołującego wszystkie te okoliczności powodują, że Zamawiający nie jest w stanie skutecznie zabezpieczyć swoich interesów z gwarancji wadialnej złożonej w tym postępowaniu przez wykonawcę Re-Bau.

Odwołujący wskazał, że termin związania ofertą dla swej ważności wymaga jednoczesnego zabezpieczenia tej oferty wadium. Tym samym, skoro w tym postępowaniu termin związania ofertą został ustalony na 30 dni, to ostatnim dniem związania ofertą jest 11.12.2020 r. a więc jeden dzień przez upływem terminu obowiązywania gwarancji. Tym samym wszelkie zdarzenia uprawniając do zatrzymania wadium mogą zadziać się do końca dnia 11.12.2020 r. W związku z czym na wszelkie czynności konieczne dla uzyskania zaspokojenia roszczeń z tytułu wadium pozostaje tylko jeden dzień, który jest sobotą. Odwołujący podkreślił, iż bardzo mało prawdopodobne i jedynie w sferze teoretycznej, a nie praktycznej jest możliwe sporządzenie wezwania, uzyskanie poświadczenia podpisów, a już całkowicie niemożliwe jest dostarczenie pisemnego wezwania do siedziby Gwaranta, bowiem siedziba jest w soboty zamknięta. Tak więc, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności łącznie wskazane w treści gwarancji nie jest możliwe skuteczne zgłoszenie żądania zapłaty wadium przed upływem określonego jako końcowy termin w którym możliwe jest uzyskanie zabezpieczenia.

Odwołujący stwierdził, że gwarancja mająca zabezpieczać roszczenia Zamawiającego wynikające z ustawy Pzp, która jednocześnie nakłada na zamawiającego obowiązek złożenia żądania wypłaty na piśmie w siedzibie w okresie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiającego oraz zawiera postanowienia w istocie skracające okres ważności gwarancji poniżej okresu związania ofertą.

Tym samym przedłożona gwarancja nie spełnia wymogu przedłożenia wadium na okres związania ofertą, a jednocześnie w porównaniu do wadium wnoszonych w formie pieniężnej, istotnie ogranicza prawa Zamawiającego co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący przywołał orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 952/20.

Tym samym mając na uwadze postanowienia Gwarancji Wadialnej, w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej, w ocenie Odwołującego, nierealne byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania roszczenia zapłaty wadium na warunkach i w terminie określonym w gwarancji.

Mając na uwadze powyższe oferta wykonawcy RE-Bau, zdaniem Odwołującego, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 9 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wyjaśniając co następuje:

Postępowanie przetargowe na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: Przebudowa i remont kapitalny Domu Studenckiego DS-11 Bonus przy ul. Budryka 5 w Krakowie numer referencyjny zamówienia: KC-zp.272-431/20 jest postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z zapisami pkt X ppkt 1 i 2 SIWZ: „Wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.” Zamawiający wymagał w pkt XI SIWZ, aby oferta była zabezpieczona wadium w wysokości 200 000 PLN.

Zamawiający poinformował, że w niniejszym postępowaniu termin składania i otwarcia ofert miał miejsce w dniu 12.11.2020 r., co oznacza, że Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 11.12.2020 r. Upływ terminu związania ofertą jest bezsporny, został potwierdzony przez Odwołującego w treści odwołania.

Wybrany w postępowaniu wykonawca Re-Bau Sp. z o.o. złożył wadium na wymaganą kwotę w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Nr COR163519 z terminem ważności do 12.12.2020r., czyli o jeden dzień wykraczającym poza termin związania ofertą.

W powyższym stanie faktycznym, zdaniem Zamawiającego, brak jest jakiegokolwiek podstawy by twierdzić, iż oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium. W ocenie Zamawiającego, nadużyciem oraz nieprawidłowością byłoby żądanie zabezpieczenia oferty wadium w terminie wykraczającym poza termin związania ofertą. Termin ważności gwarancji wadialnej może być oceniany tylko pod kątem terminu związania ofertą, co wynika z brzmienia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Tylko w tym terminie Wykonawca jest zobowiązany do podpisania umowy z Zamawiającym. Gdy termin związania ofertą upłynie takiego obowiązku już nie ma, a zatem Zamawiający nie ma podstaw do zatrzymania wadium. Po upływie tego terminu ustają również wszystkie zobowiązania Gwaranta wynikające z gwarancji wadialnej. Wszelkie czynności techniczne i organizacyjne poprzedzające złożenie przez Zamawiającego Gwarantowi oświadczenia o zatrzymaniu wadium powinny zostać dokonane

do upływu terminu związania ofertą. W niniejszym postępowaniu do dnia 11.12.2020 r. Ustawodawca nie przewidział tutaj żadnego dodatkowego terminu na dokonanie czynności zatrzymania wadium.

Zamawiający podnosi, że prawidłowy sposób rozumienia przez Zamawiającego terminu obowiązywania gwarancji wadialnej potwierdza również treść przywołanego przez Odwołującego orzeczenia KIO 952/20 z dnia 9 lipca 2020 r.: „Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą ...”.

W ocenie Zamawiającego, w świetle powyższego bez znaczenia jest przywołany w odwołaniu fakt, iż termin ważności gwarancji wadialnej upływa w sobotę 12.12.2020 r. Jest to bowiem pierwszy dzień, w którym termin związania ofertą, zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie obowiązuje, a tym samym Zamawiający nie ma podstaw prawnych do dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji wadialnej.

Zamawiający podniósł, że art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp kreuje dla Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie taka sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym Wykonawca pozostaje związany ofertą lub też to zabezpieczenie jest niewłaściwe. W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania oferta wybranego Wykonawcy została zabezpieczona gwarancją wadialną z terminem ważności o 1 dzień dłuższym, niż termin związania ofertą.

Działanie takie nie narusza żadnego przepisu ustawy Pzp, a tym samym nie może zostać uznane za nieprawidłowe w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty wykonawcy Re-Bau Sp. z o.o. jest niezasadny. Odrzucenie oferty zabezpieczonej w sposób prawidłowy gwarancją wadialną stanowiłoby naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp, a tym samym prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 14 grudnia 2020 r. swoje pisemne stanowisko przedstawił wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firma RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej RE-Bau lub Przystępujący). Wykonawca ten wnosił o oddalenia odwołania. W pierwszej kolejności RE-Bau Sp. z o.o. stwierdził, że Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, warunkującego prawo do wniesienia odwołania, nie dysponuje bowiem (ani nie dysponował) obiektywną możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Nawet w przypadku uwzględnienia zarzutów

odwołania z dnia 30 listopada 2020 r., Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż jego oferta byłaby wówczas na drugim miejscu (a Odwołujący nie kwestionuje zarazem prawidłowości oceny ofert i nie wykazuje, że ich ponowna ocena może zmienić ten stan). Przystępujący powołał się na judykaturę i wskazał, że, interes w uzyskaniu zamówienia publicznego musi być skonkretyzowany i pewny. Nie wystarczy zatem powoływanie się przez Odwołującego na „potencjalną możliwość uzyskania zamówienia”. Jednocześnie Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wykazał szkody, jaką poniósł (lub może ponieść) w związku z wyborem przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego, ani związku przyczynowego między jej wystąpieniem a naruszeniem prawa, które zarzuca Zamawiającemu. Należy wskazać, że ciężar udowodnienia powyższych okoliczności spoczywał na Odwołującym, w myśl art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jednak nie zdołał wykazać żadnej z nich, zatem odwołanie podlega oddaleniu, w związku z brakiem ziszczenia się przesłanek materialnoprawnych, wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym dla oddalenia odwołania wystarczający jest brak choćby jednej z nich.

Jednakże w przypadku stwierdzenia przez Krajówką Izbę Odwoławczą, że Odwołujący spełnił wszystkie przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący podniósł, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie z następujących powodów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie wykazał ani nawet nie podjął próby wykazania, w jaki sposób czynności Zamawiającego, które - w jego ocenie - były niezgodne z prawem, przyczyniły się do *niezapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i różnego traktowania wykonawców*. Zarzut ten pozostaje zatem całkowicie bezzasadny, nie sposób bowiem się do niego ustosunkować, skoro nie został poparty jakąkolwiek argumentacją.

Odnosząc się natomiast do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 10 listopada 2020 r. (dalej: „Gwarancja”), udzielona przez spółkę pod firmą „WIENER Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group” (dalej: „Gwarant”) nie spełniała wymogu wniesienia wadium na okres związania ofertą. Okres związania ofertą w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego trwa - zgodnie z pkt X ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 9 października 2020 r. - trzydzieści dni, a liczony jest od dnia upływu terminu składania ofert, co wynika z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp (bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert). Powyższe oznacza, że przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, a więc dzień, w którym nastąpiło zdarzenie dające początek biegu terminu. Termin składania ofert został wyznaczony przez

Zamawiającego na dzień 12 listopada 2020 r. „a zatem okres związania ofertą upływa dnia 11 grudnia 2020 r. Gwarancja obowiązuje natomiast od dnia 12 listopada do dnia 12 grudnia 2020 r., a więc o jeden dzień dłużej niż okres związania ofertą, jak wynika z powyższego. Gwarancja spełnia wymóg wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, a twierdzenie przeciwne Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiotowym stanie faktycznym. Przystępujący stwierdził, że nie polega na prawdzie także twierdzenie Odwołującego, jakoby nie było możliwe skuteczne zgłoszenie żądania zapłaty wadium przed upływem ostatniego terminu obowiązywania Gwarancji, w związku z faktem, iż termin ten upływa w sobotę. Zgodnie z utrwalonym zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem, z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 k.c. Regulacja ta nie znajduje także zastosowania do okresu związania ofertą, co oznacza, że nie dochodzi do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na następny dzień. Termin końcowy gwarancji to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 k.c., w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Data upływu ważności wadium jest datą ustania skutków czynności prawnej, a nie datą od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności, w związku z czym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Skoro zatem Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że jeżeli termin związania ofertą kończy się w sobotę, niedzielę lub święto, to nie przedłuża się go na kolejny dzień roboczy, to tym bardziej brak uzasadnienia dla przedłużania terminu końcowego gwarancji, przypadającego na sobotę, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, tym bardziej, że takie przedłużenie o jeden dzień gwarancji i tak wykraczało poza wymogi określone w tym zakresie przez Zamawiającego. Wobec powyższego brak podstaw do twierdzenia, że oferta Przystępującego nie została właściwie zabezpieczona w całym okresie związania ofertą i tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 7b nie podlega uwzględnieniu.

Przystępujący podkreślił, że ustanowione wymogi formalne Gwarancji, których spełnienie jest konieczne dla skutecznego jej pociągnięcia, nie stoją zarazem w sprzeczności z przepisami prawa, a tym samym nie ograniczają praw Zamawiającego płynących z ustanowionej gwarancji ubezpieczeniowej. W szczególności nie naruszają one wymogu bezwarunkowości gwarancji, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Także konieczność wskazania przez Zamawiającego okoliczności, stanowiącej podstawę żądania od Gwaranta zapłaty, nie stanowi naruszenia kryterium bezwarunkowości gwarancji.

Należy także podkreślić, że treść Gwarancji wskazuje jednoznacznie, jakie zdarzenia

warunkują odpowiedzialność Gwaranta - zostały one wymienione w § 3 Gwarancji. Ich zakres przedmiotowy pokrywa się z okolicznościami, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 44/19, treść gwarancji i poręczeń powinna wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, aby nie występowały wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta lub poręczyciela ani żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie wymogów może nastąpić czy to poprzez odwołanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent-gwarant) musi pokrywać się ze wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium.

Przechodząc natomiast do przywołanego przez Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 952/20 Przystępujący stwierdził, że wyrok ten jedynie potwierdza, że złożone przez Przystępującego wadium spełnia wszystkie wymagania, wskazane w tym orzeczeniu, tj. zawiera zobowiązanie Gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty pełnej kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (tj. Przystępującego), zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp (vide: § 3 Gwarancji), a termin ważności Gwarancji obejmuje termin związania ofertą (a nawet jeden dzień dłużej). Jednocześnie Gwarancja nie zawiera żadnych klauzul, które w sposób nieuzasadniony ograniczałyby odpowiedzialność Gwaranta. Postanowienia Gwarancji są także zgodne z wymogami określonymi w pkt IX ppkt 3, 5 i 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 9 października 2020 r. Mając powyższe na uwadze, Przystępujący stwierdził, iż Gwarancja stanowi należyte i wystarczające zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Zamawiającego, co czyni ją w pełni skuteczną.

Reasumując, Przystępujący wskazał, że czynność Zamawiającego, polegająca na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego, nie została dokonana z naruszeniem prawa, w związku z czym odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, gwarancję wadium złożoną przez RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i

stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż wykonawca, który po ocenie, uplasował się wstępnie (ze względu na prowadzenie postępowania w procedurze określonej w art. 24 aa ustawy Pzp) na trzeciej pozycji nie ma legitymacji do wniesienia odwołania w sytuacji gdy nie zaskarża obu ofert go poprzedzających. W ocenie Izby, Odwołujący na moment wniesienia odwołania dysponował obiektywną możliwością uzyskania zamówienia, gdyż po wyeliminowaniu oferty Przystępującego, mógł kwestionować również ofertę bezpośrednio go poprzedzającą. Nie ma przy tym znaczenia, iż owo kwestionowanie byłoby rozciągnięte w czasie. Na tym etapie postępowania Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów wobec oferty zajmującej pozycję drugą, ze względu na zastosowanie przez Zamawiającego tzw. „procedury odwróconej”. Jednakże w przypadku potwierdzenia zarzutów wobec oferty Przystępującego, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, Odwołujący miałby możliwość podnoszenia zarzutów wobec kolejnego wykonawcy lub uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. W związku z powyższym, Odwołujący, może ponieść szkodę w wyniku stwierdzenia ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. Przebudowa i remont kapitalny Domu Studenckiego DS.-11 Bonus przy ul. Budryka 5 w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w

dniu 13 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 596857-N-2020.

Zgodnie z pkt IX SIWZ oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości 200 000 PLN. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ma ona zawierać zapis o nieodwołalnym, bezwarunkowym spełnieniu świadczenia przez gwaranta na rzecz Beneficjenta (AGH).

W postępowaniu tym o udzielenie zamówienie ubiega się wykonawca RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez WIENER Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group nr COR163519 z dnia 10.11.2020 r. o następującym brzmieniu:

*„Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium
Nr COR163519, dnia 10.11.2020r., zwana dalej Gwarancją*

GWARANT:

WIENER Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 22A, 02-675 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS nr 0000033882, z kapitałem zakładowym w wysokości 110.382.876,00 zł, opłaconym w całości, NIP 524-030-23-93

BENEFICJENT:

Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie

Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków

REGON 000001577

ZLECENIODAWCA:

RE-Bau Sp. z o.o.

ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków

REGON 351097648

PRZETARG:

Przebudowa i remont kapitalny Domu Studenckiego DS.-11 "Bonus" przy ul. Budryka 5 w Krakowie - KC-zp.272-431/20

Celem Gwarancji jest, zgodnie z warunkami Przetargu, zabezpieczenie zapłaty wadium.

§1

Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 45 Ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych, zwanej dalej Ustawą, i została wystawiona w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu.

§2

- 1. Gwarancja obowiązuje w okresie od dnia 12.11.2020r. do dnia 12.12.2020r. włącznie, zwanym dalej okresem obowiązywania.*
- 2. Suma gwarancyjna Gwarancji wynosi 200.000,00 PLN (słownie: dwieście tysięcy złotych 00/100) i stanowi górną granicę odpowiedzialności Gwaranta.*

§3

Gwarant zobowiązuje się, nieodwoływalnie i bezwarunkowo, do zapłaty na rzecz Beneficjenta, na jego pierwsze pisemne żądanie, pełnej kwoty wadium, do zatrzymania której uprawniony jest Beneficjent, gdy:

- 1) Zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictwa lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zleceniodawcę jako najkorzystniejszej;*
- 2) Zleceniodawca, którego oferta została wybrana w Przetargu:*
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zleceniodawcy.*

§4

- 1. Gwarant zobowiązuje się do zapłaty w terminie 21 dni od dnia doręczenia pod aktualny adres siedziby Gwaranta żądania zapłaty określonego w ust. 2.*
- 2. Za żądanie zapłaty uważa się wyłącznie, sporządzone w formie pisemnej i skierowane do Gwaranta, wezwanie do zapłaty:*
 - a) zawierające:*
 - oświadczenie Beneficjenta w formie pisemnej, że Beneficjent jest uprawniony do zatrzymania wadium w wysokości żądanej od Gwaranta kwoty oraz wskazujące, która okoliczność określona w § 3, jest podstawą tego uprawnienia;*
 - wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, oraz*
 - b) podpisane przez osoby mogące składać oświadczenia woli w imieniu Beneficjenta, co zostanie potwierdzone, na podstawie posiadanych wzorów podpisów, przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta;*

c) do którego dołączony zostanie jednocześnie dokument potwierdzający umocowanie osób podpisujących wezwanie do zapłaty do składania oświadczenia woli w imieniu Beneficjenta.

3. Zobowiązania Gwaranta z tytułu Gwarancji wygasają z upływem okresu obowiązywania - nawet jeśli dokument Gwarancji nie zostanie Gwarantowi zwrócony - o ile Beneficjent nie doręczy pod aktualny adres siedziby Gwaranta w okresie obowiązywania gwarancji żądania zapłaty na zasadach określonych w Gwarancji.

§5

Każda zapłata z tytułu Gwarancji automatycznie zmniejsza sumę gwarancyjną i odpowiedzialność Gwaranta z Gwarancji.

§ 6

1. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa całkowicie i automatycznie w przypadku, gdy:

- a) zapłata z tytułu Gwarancji wyczerpie sumę gwarancyjną;
- b) oryginał dokumentu Gwarancji zostanie zwrócony Gwarantowi - co jest równoznaczne ze zwolnieniem Gwaranta ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w Gwarancji.

2. Dokument Gwarancji należy zwrócić po upływie okresu obowiązywania.

§7

Cesja wierzytelności z Gwarancji na rzecz osoby trzeciej jest możliwa tylko za uprzednią pisemną zgodą Gwaranta.

§ 8

- 1. W sprawach nieuregulowanych w treści Gwarancji oraz do rozstrzygnięcia sporów powstałych w związku z Gwarancją stosuje się przepisy prawa polskiego.
- 2. Wszelkie spory mogące wynikać z Gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby Gwaranta.

§9

Gwarancję sporządzono w jednym egzemplarzu.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący, wskazał w odwołaniu na naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp stanowiących, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie proporcjonalności, przejrzystości oraz, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto Odwołujący za podstawę zarzutu przyjął art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp stanowiący, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żąda wniesienia wadium.

Odwołujący wskazywał, że treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie skutecznie zabezpieczyć swoich interesów z ww. gwarancji wadialnej, twierdzenia tego Izba nie podziela.

Na wstępie Izba zaznacza, że charakter wadium należy odczytywać jako zabezpieczenie zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym wykonawcą oraz przed ewentualną znową wykonawców w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna.

Ponadto za orzecznictwem Izba wskazuje, że gwarancja ubezpieczeniowa nie posiada odrębnej regulacji prawnej. Jak trafnie podniósł Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 11 stycznia 2006 r., w sprawie o sygn. akt I ACa 761/05 "gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ k.c.). (...) jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego". Treść gwarancji określa stosunek zobowiązania pomiędzy stronami i to on w konkretnym stanie faktycznym decyduje o uznaniu wadium za prawidłowo wniesione lub nie. Skuteczność wniesienia wadium może być oceniana na podstawie treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą, gdyż tylko treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty. W ocenie Izby, orzecznictwo Izby przywołane przez Odwołującego, jest nieadekwatne gdyż zostało wydane w innym stanie faktycznym.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie taka sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą lub też to zabezpieczenie jest niewłaściwe.

W ocenie Izby, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie, oceniając treść przedłożonej gwarancji, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Wadium zostało wniesione na okres związania ofertą, termin jego ważności jest o 1 dzień dłuższy niż wymagany. W tej konkretnej sprawie Izba stoi na stanowisku, iż przedłożone wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy i daje rękojmię skutecznego zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Ubezpieczeniowa gwarancja wadiumna przedłożona przez Przystępującego odpowiada wymaganiom ustawy Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak co do terminu ważności, jak i co do zakresu. Zamawiający, co do treści wymaganej gwarancji nie ustanowił w SIWZ innych wymagań, niż te, że ma ona zawierać zapis o nieodwołalnym, bezwarunkowym spełnieniu świadczenia przez Gwaranta na rzecz Beneficjenta (AGH), takie też postanowienia przedłożona gwarancja zawiera. Odwołujący w odwołaniu podnosi hipotetyczną sytuację, w której zdarzenie uprawniające do zatrzymania wadium realizuje się w ostatnim dniu terminu związania ofertą tj. do końca 11.12.2020 r. Odwołujący swoją argumentację oparł zasadniczo na konieczności fizycznego przedstawienia żądania zapłaty w terminie obowiązywania gwarancji w siedzibie Gwaranta – co w jego ocenie jest niemożliwe, gdyż termin związania ofertą upływa w piątek, a okres ważności gwarancji w sobotę, przy czym siedziba Gwaranta w sobotę jest nieczynna. Wobec stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, a nie zakwestionowanego przez Odwołującego, takie fizyczne dostarczenie żądania zapłaty nie musi nastąpić. W ocenie Izby, na co powoływał się Zamawiający i Przystępujący, a czego jak już wskazano nie kwestionował Odwołujący, dopuszczalne jest wystosowanie żądania zapłaty w formie elektronicznej. Gwarancja ubezpieczeniowa jak już wskazano powyżej jest stosunkiem zobowiązaniowym pomiędzy stronami i stosują się do niej regulacje Kodeksu Cywilnego, w tym art. 78 i nast. KC. W przypadkach, gdy zastrzeżono formę pisemną (a takie zastrzeżenie zawiera gwarancja odnośnie żądania zapłaty), od decyzji stron zależy, czy posłużą się formą pisemną, czy ekwiwalentną formą elektroniczną. Za generalną zgodę na posłużenie się takimi środkami komunikowania się można wszakże uznać – przy braku odmiennych zastrzeżeń – już samo podanie przez przedsiębiorcę na blankietach firmowych lub w innych publikacjach swojego adresu elektronicznego. (...). Także wtedy, gdy przepisy prawne nie zastrzegają formy pisemnej lub innej formy szczególnej, strony mogą dokonać czynności prawnej przy użyciu formy elektronicznej równoważnej formie pisemnej, ewentualnie wraz ze znakowaniem czasem. Korzystają wówczas z tych wszystkich przywilejów dowodowych, jakie system prawny zapewnia tej formie oraz z rozszerzonej skuteczności prawnej związanej z datą pewną.

Obecnie nie tylko usytuowanie wspomnianego przepisu art. 78¹ KC – po art. 78 § 1 KC – ale też jego treść jednoznacznie wskazują, że forma elektroniczna o określonych powyżej

cechach jest równoważna formie pisemnej. (...) Obecnie nie ma wątpliwości, że forma elektroniczna jest autonomiczną formą oświadczenia woli, której zastosowanie pozwala osiągnąć skutek równoważny złożeniu oświadczenia woli w formie pisemnej. (tak Prawo cywilne – część ogólna, red. prof. dr hab. Zbigniew Radwański, prof. dr hab. Adam Olejniczak, 2019, Legalis).

Reasumując, w ocenie Izby wadium złożone przez Przystępującego w pełni zabezpiecza możliwość składania roszczeń przez Zamawiającego, a jego oferta została zabezpieczona właściwie. Złożone wadium jest zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Tym samym, oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu.

Wobec nie uznania przez Izbę zarzutu dotyczącego konieczności odrzucenia oferty Przystępującego nie potwierdziło się również naruszenie przez Zamawiającego z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: