

WYROK
z dnia 15 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Członkowie: **Ewa Kisiel**

Ernest Klauziński

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 11 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Sat-System Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy FONON sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Modlniczce oraz MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Modlniczce, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Innergo

Sygn. akt KIO 2806/21

Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Sat-System Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert;

2. kosztami postępowania obciąża w części Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 2806/21

Stosownie do art. 579 i 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 :

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SM W wraz z infrastrukturą techniczną na stacji Rzeszów Główny i przystanku osobowym Rzeszów Zachodni w ramach realizacji projektu POLiŚ 5. 1-19.3 „Poprawa Stanu Technicznego Infrastruktury Obsługi Podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap III Rzeszów Główny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 060-152763 w dniu 26 marca 2021r.

W dniu 23 września 2021r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Sat-System sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej: „Odwołujący”) na czynność Zamawiającego z dnia 13 września 2021r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na uznanie Zamawiającego, że wykonawca ten nieprawidłowo wniósł wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, mimo iż wadium zostało przez niego wniesione w sposób prawidłowy, a w szczególności zgodny z przepisami ustawy i postanowieniami Tomu I SWZ-IDW i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dalszego prowadzenia Postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w szczególności - zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) jeśli do dnia rozpoznania odwołania i wydania orzeczenia zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji i jej ponowne przeprowadzenie z udziałem Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający błędnie zinterpretował treść gwarancji poprzez uznanie, że uniemożliwia mu zgłoszenie roszczenia (żądania zapłaty sumy gwarancyjnej) do końca ostatniego dnia trwania terminu związania

Sygn. akt KIO 2806/21

ofertą. Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17), treść gwarancji należy poddawać interpretacji w świetle reguł wykładni woli, a także obowiązujących przepisów i okoliczności jej złożenia. Treść gwarancji potwierdza, że do praw i obowiązków z niej wynikających stosuje się przepisy prawa polskiego. W związku z tym, zastosowanie znajdują zarówno art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego jak i art. 78¹ § 2 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wyjaśnił, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 1061574300/GWo/2021/051 wskazano, iż stanowi ona „zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych” oraz że „obowiązuje do ostatniego dnia okresu obowiązywania włącznie”, tj. do dnia 28.09.2021 r. włącznie. Brak określenia godziny obowiązywania oznacza, że zabezpieczenie zapłaty wadium obowiązuje do końca dnia oznaczonego datą kalendarzową dzienną. Gwarant udziela zatem zabezpieczenia oferty i gwarantuje zapłatę wadium do końca dnia będącego dniem upływu terminu związania ofertą i okoliczność ta dostatecznie jasno wynika z samej treści złożonej gwarancji, przy zastosowaniu reguł wykładni oświadczeń woli obowiązujących zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego. Powyższe okoliczności potwierdził i wyjaśnił dodatkowo Gwarant w odpowiedzi na prośbę Odwołującego. W złożonym przez siebie oświadczeniu potwierdził, że instrukcje dotyczące sposobu doręczeń żądania zapłaty „nie wykluczały możliwości zrealizowania gwarancji w przypadku wystąpienia okoliczności to uzasadniających”. Dalej, Gwarant wskazał, że w razie wystąpienia takiej sytuacji, możliwe są sposoby „doręczenia żądania zapłaty z tytułu Gwarancji, również poza godzinami pracy jednostki PZU SA wskazanej w treści Gwarancji”. Gwarant potwierdził również fakt wynikający bezpośrednio z treści gwarancji, tj. podleganie powszechnie obowiązującym przepisom. Uwzględnia to również art. 78¹ § 2 Kodeksu cywilnego, a zatem również możliwość złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Interpretacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia pomija zupełnie wyżej podnoszone okoliczności złożenia oświadczenia Gwaranta zabezpieczającego ofertę jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia i sprowadza się do przedstawienia w stosunku do treści gwarancji niesprecyzowanych wymagań, które nie są nakładane na Wykonawcę przez przepisy Pzp ani też inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Zdaniem Odwołującego wywodzenie nieprawidłowości wniesienia wadium z obowiązków, które nie tylko nie wynikają z treści przepisów, ale wręcz prowadzą do niespójnych z nimi, niejednorodnych i niedookreślonych wymagań, które powinna spełnić treść gwarancji, jest niedopuszczalne w świetle przepisów krajowych, a także w świetle regulacji unijnych. W sytuacji, w której sankcją za nieprawidłowość wniesienia wadium jest odrzucenie

oferty, obowiązki Wykonawcy nie mogą być oparte wyłącznie o interpretację przepisów lub też wynikać z hipotetycznych rozważań Zamawiającego. Potwierdza to wyraźnie stanowisko wyrażone w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017r., w sprawie C-35/17: „W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/ 15, EU:C:2016:404, pkt 51). Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunków, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.” O nieprawidłowości czynności Zamawiającego i interpretacji prowadzącej do niezgodności z przepisami ustawy Pzp świadczy fragment uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w którym Zamawiający wskazuje, iż: „Jeśli jednak Zamawiający w SWZ nie określił dłuższego niż termin związania ofertą terminu na złożenie oświadczenia woli, to minimum jakie Wykonawca (...) winien zapewnić Zamawiającemu jest umożliwienie mu złożenie tego oświadczenia woli do samego końca ostatniego dnia trwania terminu związania ofertą.”. Niezależnie od wyżej wykazywanej okoliczności, że złożona przez Odwołującego gwarancja zapewnia wyżej określone przez Zamawiającego „minimum” (tj. możliwe jest złożenie oświadczenia woli do końca ostatniego dnia trwania terminu związania ofertą), stanowisko Zamawiającego jest błędne, bowiem zgodnie z ustawą, nie jest możliwe złożenie przez Zamawiającego oświadczenia woli o zatrzymaniu wadium po upływie terminu związania ofertą. Takie działanie byłoby niedopuszczalne, i to niezależnie od postanowień (obarczone byłyby one wadą niezgodności z przepisami ustawy) oraz niezależnie od formy wniesienia wadium, tj. zarówno w przypadku wadium w formie gwarancji, jak i w formie pieniężnej. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp wprowadzono art. 97 ust. 5, z którego treści jednoznacznie wynika, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Wobec faktu, iż przepisy ustawy jednoznacznie określają termin, do którego należy utrzymywać wadium - do dnia upływu terminu związania ofertą znaczenie tracą jakiegokolwiek sformułowane na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy rozważania na temat właściwego okresu ważności wadium, pozwalającego na zabezpieczenie interesu Zamawiającego. Tym samym ustawodawca jednoznacznie określił maksymalny termin utrzymywania wadium, do którego

Sygn. akt KIO 2806/21

zobowiązany jest Wykonawca. Jednocześnie, jak wskazał Odwołujący, przepisy Pzp nie określają, iż termin utrzymywania wadium powinien podlegać wydłużeniu o czas potrzebny na zgłoszenie roszczeń czy jakkolwiek inny okres wymagany dla podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do skutecznego skorzystania z wadium - niezależnie od tego, w jakiej formie zostaje ono wniesione. Nie sposób również znaleźć dyspozycji, która umożliwiłaby stawianie Zamawiającemu takich dodatkowych wymagań, co do formy czy terminu zgłaszania żądania wypłaty w treści SWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1) Pzp, obowiązek zwrotu wadium powstanie niezwłocznie z dniem upływu terminu związania ofertą. Ustawodawca przewidział możliwość wykonania związanych z tym czynności w czasie nie dłuższym niż 7 dni, jednakże obowiązek zwrotu wadium powstaje już od chwili upływu terminu związania ofertą. Oznacza to, iż w czasie tych 7 dni, jedynym działaniem Zamawiającego, które może wykonać w odniesieniu do wadium jest jego zwrot (przelew pieniężny lub złożenie oświadczenia o zwolnieniu wadium), jednakże w żadnym razie po upływie terminu związania ofertą, Zamawiający nie jest uprawniony do złożenia żądania wypłaty wadium, nawet jeśli okoliczności stanowiące podstawę wystąpiły wcześniej, w okresie związania ofertą. Jest to zresztą zgodne ze zmianą, jaka dotyczy okresu związania ofertą i wadium po zmianie przepisów regulujących zamówienia publiczne. Przepisy nowej ustawy wprowadzają faktyczny maksymalny okres, na jaki Wykonawca może być zobowiązany do utrzymywania związania ofertą oraz wadium oraz przerzucają na Zamawiającego faktyczny ciężar takiej organizacji i prowadzenia postępowania, aby możliwe było jego zakończenie przed upływem terminów, o których mowa w art. 220 ust. 1 i 3 Pzp. Jeśli okaże się to niemożliwe, ustawa określa sposób, w jaki może dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy, jednakże, nie wymaga od Wykonawcy przedłużania terminu związania ofertą oraz wnoszenia wadium na okres dłuższy niż maksymalnie przewidziany w przepisach aktualnie obowiązującej ustawy (tj. 90 + 60 dni w przypadku przetargu nieograniczonego na dostawy lub usług). Zważywszy na przewidziane Pzp przesłanki zatrzymania wadium, to Zamawiający będący gospodarzem postępowania dysponuje możliwością jego przeprowadzenia i wyznaczenia terminów, w których wymagane jest dokonanie przez Wykonawcę czynności określonych przesłankami z art. 98 ust. 6 Pzp w sposób, który zapewnia Zamawiającemu możliwość zaspokojenia swojego roszczenia z gwarancji wadialnej pokrywającej się z terminem związania ofertą. Dotyczy to zarówno dyscypliny w zakresie długości prowadzenia postępowania, ale również tak prostych działań, jak np. wyznaczenie terminu podpisania umowy na godzinę przedpołudniową, aby zapewnić sobie czas na wystosowanie odpowiedniego żądania do gwaranta. Odwołujący podkreślił, że nie tylko Wykonawca, ale również Zamawiający traktowany jest w ramach procedury udzielania

Sygn. akt KIO 2806/21

zamówienia jako profesjonalista i obciążony określonym w ustawie zakresem odpowiedzialności za prowadzone postępowanie oraz konsekwencjami podejmowanych przez siebie działań. Przy czym, w przedmiotowej sprawie, obowiązek działania w przewidzianym terminie związania ofertą i utrzymywania wadium, nakładany jest wyraźnie przez przepis Pzp, a nie stanowi ograniczenia wynikającego z nieprawidłowego działania Odwołującego.

Zresztą, tak postrzegane ograniczenie odnosi się również do wadium wpłaconego w formie pieniężnej, gdyż jego zatrzymanie również wymaga stwierdzenia wystąpienia przesłanek i podjęcia odpowiednich działań przez Zamawiającego w okresie obowiązywania wadium, czyli do upływu terminu związania ofertą (choćby to, że Zamawiający musi w takim przypadku poinformować wykonawcę o zatrzymaniu wadium w okresie związania ofertą/ważności wadium). Zatem, podnoszone okoliczności nie dotyczą w istocie specyficznie ograniczeń wynikających z treści gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego, ale są to okoliczności faktyczne, które zgodnie z brzmieniem przepisów ustawy Zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Również w przypadku wadium wpłaconego na rachunek Zamawiającego w formie pieniężnej, jego zatrzymanie nie mogłoby nastąpić po upływie terminu związania ofertą, niezależnie od tego, czy Zamawiający zdążył wykonać wewnętrzne czynności po swojej stronie stwierdzające wystąpienie przesłanki zatrzymania wadium i złożyć odpowiednie oświadczenie Wykonawcy.

Odwołujący odnosząc się do zakresu formy zgłaszania żądania zapłaty powołał się na wyrok KIO 3189/20 i wskazał, że utrwalona linia orzecznicza wskazuje, że nie stanowi to ograniczenia, czy też „warunkowości” gwarancji, a jedynie wymóg formalny związany z koniecznością przeprowadzenia przez gwaranta czynności związanych z wypłatą wadium zgodnie z obowiązującą procedurą, na podobnej zasadzie, jak np. wymóg podpisania oświadczenia o wystąpieniu przesłanek zatrzymania wadium, ich wskazania i potwierdzenia umocowania osób je składających do reprezentowania Zamawiającego. Zauważył, że Pzp w zakresie formy zgłaszania żądania zapłaty nie ustanawia obowiązku, aby było ono możliwe lub wymagane w formie elektronicznej, dopuszczając tym samym możliwość ustalenia jej zgodnie z procedurami obowiązującymi u gwaranta. Nie bez znaczenia jest, że taką procedurę ustalił dla wystawianych gwarancji wadialnych Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., a zatem jeden z największych polskich zakładów ubezpieczeniowych. Jakikolwiek wskazówki czy dodatkowe wymagania ustalone wobec wadium przez Zamawiającego w postanowieniach SWZ nie mogą świadczyć o nieprawidłowości jego wniesienia stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Jednakże, taka niezgodność z wymaganiami Zamawiającego również nie miała miejsca, gdyż zgodnie z pkt

Sygn. akt KIO 2806/21

11.5 SWZ, Zamawiający określił, iż gwarancja powinna być płatna na żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wprost zostało zatem dopuszczona procedura zgłaszania żądania w formie pisemnej.

W opinii Odwołującego argumentacja uzasadnienia odrzucenia w tym zakresie oderwana jest zarówno od dorobku orzecznictwa, co do instrukcji zgłaszania żądań wypłaty kwoty gwarancji, jak i praktyki zamówień publicznych, gdzie spotykane są formy takie, jak przewidziane w regulaminach instytucji spełniających rolę gwaranta, włącznie z komunikatami SWIFT lub zgłaszania roszczeń za pośrednictwem banku Beneficjenta takie instrukcje co do procedury nie stanowią ograniczeń możliwości zgłaszania roszczeń zawartych w treści gwarancji, ale wyłącznie wymogi formalne nie wpływające na skuteczność i prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium.

W sposób niewątpliwy, gwarancja wadium została przez Odwołującego wniesiona w sposób prawidłowy zarówno, co do kwoty, treści i formy oraz jest do tej pory utrzymywana nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą. Interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone w wystarczający sposób, który umożliwi skorzystanie z gwarancji wadium w każdej z przyczyn wskazanych w przepisach. Nie wystąpiła zatem żadna z podstaw odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, a zarzuty stanowiące podstawę odrzucenia oferty mają charakter czysto hipotetyczny i oderwany od faktycznego brzmienia przepisów ustawy oraz istotnej treści złożonej w postępowaniu gwarancji.

Co więcej, hipotetyczna sytuacja ograniczenia możliwości zgłoszenia roszczeń do końca dnia, w którym upływa termin związania ofertą, nie nastąpiła i nie nastąpi w Postępowaniu, gdyż pierwotny termin związania ofertą i ważności wadium w przedmiotowym stanie faktycznym to 28 września 2021 r. W dniu 20 września 2021 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 28 listopada 2021 r. i Odwołujący dokonał takiego przedłużenia, zarówno terminu związania ofertą, jak i ważności wadium. Co więcej, okres obowiązywania gwarancji specjalnie określono jako dłuższy niż wymagany (do 6.12.2021r.) oraz wyraźnie wskazano, że dla uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, w treści gwarancji dodatkowo potwierdza się możliwość zgłaszania żądania wypłaty w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stosownie do art. 781 § 2 Kodeksu cywilnego. Zatem na dzień orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w przedmiocie odwołania, argumenty podnoszone przez Zamawiającego dla uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, należy dodatkowo, już choćby z tego względu, uznać za bezzasadne.

Zamawiający oraz Przystępujący Maxto w złożonych pismach procesowych wnieśli o oddalenie odwołania, prezentując własne stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i przystępującego złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba ustaliła:

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył Zamawiającemu dokument Gwarancji Ubezpieczeniowej wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie Nr 1061574300/GWo/2021/051. Okres obowiązywania obejmował termin od 1 lipca 2021r. do dnia 28 września 2021r.

W treści gwarancji wskazano, że: „roszczenie z jej tytułu powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub 128 ust. 1 Ustawy z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; 2) oferta Wykonawcy została wybrana ale:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

Sygn. akt KIO 2806/21

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca składa Beneficjentowi ofertę w przetargu, o którym mowa powyżej, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę Sumy gwarancyjnej.

Gwarant zapłaci w terminie 21 (słownie: dwudziestu jeden) dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zapłaty spełniającego wymogi formalne określone w gwarancji oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności określonych powyżej powodująca obowiązek zapłaty wadium, ze wskazaniem tej okoliczności.

Gwarancja obowiązuje do ostatniego dnia Okresu obowiązywania włącznie i tylko żądanie zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na adres Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, Centrum Obsługi Szkód Komunikacyjnych i Majątkowych, Zespół Obsługi Szkód z Ubezpieczeń OC Klienta Korporacyjnego, ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w gwarancji, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

Żądanie zapłaty powinno spełniać następujące wymogi formalne:

- 1) powinno zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który Gwarant powinien przelać żadaną kwotę oraz*
- 2) powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta.”.*

Izba ustaliła ponadto, że okres związania ofertą wynosił 90 dni i obejmował okres od dnia 1 lipca 2021r. do 28 września 2021r.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający określił w punkcie 11 SWZ następujące wymagania dotyczące obowiązku wniesienia wadium:

„11.3. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w pkt 17.1 IDW i utrzymane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w pkt 11.11 ppkt 2 i 3 IDW oraz pkt 11.12 IDW.

11.4. Potwierdzeniem skutecznego wniesienia wadium będzie:

- a) w przypadku wadium w formie pieniężnej - zaksięgowanie na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający zaleca, aby*

Sygn. akt KIO 2806/21

Wykonawca dołączył do oferty dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie pieniężnej,

b) w przypadku wadium w formie innej niż pieniężna - przekazanie oryginału dokumentu wadialnego (gwarancji lub poręczenia), wystawionego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (wystawców dokumentu).

11.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie.

11.6. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa):

- a) nazwę i adres Zamawiającego,
- b) oznaczenie (numer) oraz nazwa Postępowania,
- c) termin ważności wadium – odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 16.1 IDW.

11.7. Zamawiający zaleca aby dokument wadialny (gwarancje lub poręczenia), został złożony wraz z ofertą, jako załącznik do Formularza złożenia oferty, o którym mowa w pkt 14.10 IDW.

11.8. W przypadku oferty wspólnej, Zamawiający dopuszcza podział kwoty wadium pomiędzy Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia i jego wniesienie w częściach, o ile suma tych części będzie równa kwocie wadium określonej w pkt 11.1 IDW.

11.9. Wadium wnoszone w pieniądzu należy przelać na następujący rachunek Zamawiającego: Bank Pekao S.A. nr rachunku: 63 1240 6292 1111 0010 8774 0393, SWIFT: PKOPPLPW W tytule przelewu należy podać: „Wadium w postępowaniu przetargowym: (podać numer postępowania).” (oprocentowanie w/w rachunku wynosi 0,00%)

11.10. Wykonawca jest zobowiązany podać w treści przelewu bankowego numer referencyjny Postępowania.

11.11. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie Zamówienia publicznego;

Sygn. akt KIO 2806/21

3) *unieważnienia Postępowania, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.*

11.12. *Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium Wykonawcy:*

- 1) *który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;*
- 2) *którego oferta została odrzucona;*
- 3) *po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;*
- 4) *po unieważnieniu Postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.*

11.13. *Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w pkt 11.12 IDW, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z Wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX Ustawy.*

11.14. *Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.*

11.15. *Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie Zamówienia oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

11.16. *Okoliczności zatrzymania wadium oraz zasady zaliczenia wadium wniesionego w pieniądzu na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa.*

11.17. *Beneficjentem dokumentu wadialnego jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.*

11.18. *Zamawiający zatrzymuje wadium na zasadach przewidzianych w art. 98 ust. 6 Ustawy.*

11.19. *Niewniesienie wadium w wymaganym terminie, lub wniesienie w sposób nieprawidłowy lub nieutrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Ustawy, skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy”.*

Kolejno Izba ustaliła, że w dniu 13 września 2021r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazując: „W Gwarancji zawarto następujące zapisy:

Gwarant zapłaci w terminie 21 (słownie: dwudziestu jeden) dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zapłaty spełniającego wymogi formalne określone w gwarancji oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że zaistniała

Sygn. akt KIO 2806/21

przynajmniej jedna z okoliczności określonych powyżej powodująca obowiązek zapłaty wadium, ze wskazaniem tej okoliczności.

Gwarancja obowiązuje do ostatniego dnia Okresu obowiązywania włącznie i tylko żądanie zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na adres Powszechny Zakład

Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, Centrum Obsługi Szkód Komunikacyjnych i Majątkowych, Zespół Obsługi Szkód z Ubezpieczeń OC Klienta Korporacyjnego, ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w gwarancji, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

Żądanie zapłaty powinno spełniać następujące wymogi formalne:

- 1) powinno zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który Gwarant powinien przelać żadaną kwotę oraz
- 2) powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta.

Gwarancja wygasa w przypadku:

- 1) niedoręczenia Gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu obowiązywania gwarancji;

(...)

Natomiast zgodnie z treścią Tomu I SWZ-IDW:

11.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie.

W treści Gwarancji brak jakichkolwiek postanowień dotyczących akceptacji oświadczenia woli Zamawiającego złożonego w formie elektronicznej. Gwarant dopuścił możliwość zgłoszenia żądania zapłaty jedynie w formie pisemnej (warunek dostarczenie żądania zapłaty na konkretny adres fizyczny placówki, którego brak spełnienia będzie skutkować tym, że nie powstanie obowiązek zapłaty), przez co skróceniu uległ okres odpowiedzialności Gwaranta. Fizyczne doręczenia w siedzibach przedsiębiorstw są ograniczone czasowo czasem pracy osób tam pracujących. Zamawiający nigdzie nie znalazł jakichkolwiek informacji, że siedziba Gwaranta przy ulicy Postępu 18A w Warszawie jest czynna całodobowo. W związku z tym, Zamawiający jest ograniczony w dochodzeniu swoich praw od Gwaranta do godzin działalności jego siedziby.

Przepisy Ustawy jak również treść SWZ nie nakazują by wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu określało dłuższy termin na złożenie oświadczenia woli przez Zamawiającego (w przedmiocie zatrzymania wadium) niż termin związania ofertą. Jeśli

jednak Zamawiający w SWZ nie określił dłuższego niż termin związania ofertą terminu na złożenie oświadczenia woli, to minimum jakie Wykonawca (poprzez swojego gwaranta) winien zapewnić Zamawiającemu jest umożliwienie mu złożenie tego oświadczenia woli do samego końca ostatniego dnia trwania terminu związania ofertą.

Wobec powyższego brak wyraźnego wskazania w treści Gwarancji, że Zamawiający ma możliwość złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej, a także wprost wskazanie, że takie oświadczenie woli musi być złożone w formie pisemnej oraz podanie konkretnego adresu, na który należy doręczyć takie oświadczenie – jest sprzeczne z treścią IDW. Ponadto ogranicza ona możliwość zgłoszenia roszczeń Zamawiającego względem Gwaranta, gdyż nie umożliwia zgłoszenia tych roszczeń do końca dnia (będącego ostatnim dniem obowiązywania terminu związania ofertą).

(...)

Ze względu na fakt, że nie są dopuszczalne czynności naprawcze Wykonawcy dotyczące wadium, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.”.

Izba zważyła:

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

Stosownie do treści art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zgodnie zaś w ust. 5 ww. przepisu Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, naruszył ww. przepis, co w konsekwencji spowodowało, że zarzut odwołania okazał się zasadny.

Izba analizując treść gwarancji wadium stwierdziła, że wniesione wadium było prawidłowe, gdyż umożliwiało Zamawiającemu skuteczne zabezpieczenie swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Z treści

przedłożonej Zamawiającemu gwarancji ubezpieczeniowej w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynikało w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Ponadto wyraźnie określono ostatni dzień jej obowiązywanie, poprzez podanie daty dziennej, tj. 28 września 2021r., a więc dzień w którym upływał termin związania ofertą. W treści tego dokumentu nie wskazano na żadną godzinę wcześniejszą tego dnia, w której jej obowiązywanie by się kończyło, a więc stwierdzić należy, że gwarancja obowiązywała do końca dnia oznaczonego konkretną datą kalendarzową do godz. 23:59.

Wywodzenie więc przez Zamawiającego, że w związku z tym, iż „*Gwarant dopuścił możliwość zgłoszenia żądania zapłaty jedynie w formie pisemnej (...) skróceniu uległ okres odpowiedzialności Gwaranta. (...) Zamawiający jest ograniczony w dochodzeniu swoich praw od Gwaranta do godzin działalności jego siedziby. (...) brak wyraźnego wskazania w treści Gwarancji, że Zamawiający ma możliwość złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej, a także wprost wskazanie, że takie oświadczenie woli musi być złożone w formie pisemnej oraz podanie konkretnego adresu, na który należy doręczyć takie oświadczenie – jest sprzeczne z treścią IDW. Ponadto ogranicza ona możliwość zgłoszenia roszczeń Zamawiającego względem Gwaranta, gdyż nie umożliwia zgłoszenia tych roszczeń do końca dnia (będącego ostatnim dniem obowiązywania terminu związania ofertą)*” – jest bezzasadne. Podkreślić należy, że Zamawiający w punkcie 11.5 SWZ określił, że gwarancja ma być płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co wprost potwierdza, że Zamawiający dopuścił obie formy zgłaszania roszczenia jako równorzędne. Jednocześnie użycie spójnika „lub” oznacza, że wykonawcy mogli wybrać jeden z powyższych sposobów zgłaszania przez Zamawiającego roszczenia. Nie zasługują tym samym argumenty podniesione na rozprawie, że Zamawiający żądał zapewnienia mu zgłaszania roszczeń w obydwu formach.

Jednocześnie zauważyć należy, że w treści przedłożonej gwarancji wadialnej nie wykluczono możliwości złożenia oświadczenia przez Zamawiającego w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym, co w opinii składu umożliwia również złożenia oświadczenia w taki sposób. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że powyższe jest niemożliwe bowiem w treści dokumentu wadialnego nie wskazano adresu e-mail, na który takie oświadczenia Zamawiający mógłby skierować, to wskazać należy, że Izba nie odnalazła w zapisach SWZ aby Zamawiający przewidział taką konieczność.

Również istotne jest, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego, jako warunki formalne, które spełniać powinno złożone przez Zamawiającego żądanie zapłaty ustalono po pierwsze wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który Gwarant powinien przelać żądaną kwotę oraz podpisanie go przez osoby uprawnione

Sygn. akt KIO 2806/21

do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta. W konsekwencji wypłaty wadium nie uzależniono od konieczności sporządzenia go w formie pisemnej i doręczenia do siedziby Gwaranta w określonych godzinach. Co więcej z przedłożonego przez Odwołującego do odwołania pisma Gwaranta wprost wynika, że istnieje możliwość dostarczenia żądania zapłaty również poza godzinami pracy jednostki PZU SA wskazanej w treści Gwarancji, w szczególności po wcześniejszym umówieniu lub zaanonsowaniu dostarczenia przesyłki i skorzystania z usługi tzw. „kuriera ekspresowego”. Zamawiający nie przedstawił natomiast żadnego dowodu, z którego po pierwsze wynikałoby, że konieczne jest złożenie oświadczenia w konkretnych godzinach, a ponadto, że wskazana siedziba jest czynna tylko i wyłącznie do godziny 16-tej. Tym samym nie sposób wykluczyć sytuacji, że Zamawiający miałby możliwość zgłoszenia żądania zapłaty wadium do końca dnia 28.09.2021t., tj. do godz. 23:59.

Podsumowując, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że podanie adresu siedziby na który Zamawiający ma skierować żądanie zapłaty w żaden sposób nie wpływa na faktyczny okres zabezpieczenia oferty wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa obowiązuje bowiem przez cały okres związania ofertą, aż do końca ostatniego dnia ww. terminu. W ocenie składu orzekającego umieszczenie w treści gwarancji postanowienia co formy pisemnej zgłoszenia żądania zapłaty, tj. formy dopuszczonej przez Zamawiającego, nie może obecnie powodować negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który do postanowienia 11.5 IDW się zastosował. Również podkreślić należy, że żaden przepis Pzp nie wskazuje, że do okresu ważności wadium należy doliczyć kolejne dni, na zabezpieczenie wykonania czynności przez Zamawiającego. Wadium ma bowiem zostać ustanowione w celu zabezpieczenia okresu związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego tak, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w jakim wykonawca związany jest jej treścią. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium może być wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Nie ma tutaj miejsca, ani podstawy prawnej dla rozróżnienia formalnego okresu ważności wadium i „faktycznego” terminu, dłuższego niż okres związania ofertą, dającego „możliwość zatrzymania wadium” przez Zamawiającego. Za zgodne z ustawą Pzp należy zatem uznać wadium, którego okres obowiązywania zabezpiecza okres związania ofertą, tak jak ma to miejsce w przypadku gwarancji złożonej przez Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2806/21

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że wadium wniesione przez Odwołującego należy uznać za prawidłowo wniesione, czyli takie, które zostało wniesione zgodnie przepisami Pzp i które w pełni zabezpiecza opisane w ustawie interesy Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący :

Członkowie:

.....