

Sygn. akt: KIO 980/21

## WYROK

z dnia 19 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez Wykonawcę J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **F.H.U.P. DOMREX, J. R., (Białobrzegi 3g, 37-114 Białobrzegi)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Nowa Sarzyna (ul. Mikołaja Kopernika 1, 37-310 Nowa Sarzyna)**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ERBUD Operations Sp. z o.o., (Jasionka 942, 36-002 Jasionka)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
- B. wykonawcy **ZRB KOREM K. K. Sp. j. (Jeżowe 701, 37-430 Jeżowe)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Nowa Sarzyna (ul. Mikołaja Kopernika 1, 37-310 Nowa Sarzyna)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **F.H.U.P. DOMREX, J. R., (Białobrzegi 3g, 37-114 Białobrzegi)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Nowa Sarzyna (ul. Mikołaja Kopernika 1, 37-310 Nowa Sarzyna)** na rzecz Odwołującego Wykonawcę J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **F.H.U.P. DOMREX, J. R., (Białobrzegi 3g, 37-114 Białobrzegi)** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem

zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Nowa Sarzyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa pasywnego budynku przedszkola w Woli Zarczyckiej.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 20.11.2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 613533-N-2020.

Odwołujący J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. „DOMREX: J. R. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne i nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia: art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne i nieprawidłowe zastosowanie i unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym również kosztów zastępstwa adwokackiego.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że Wykonawca razem z ofertą złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wraz z aneksami. Termin ważności gwarancji został ustalony początkowo do dnia 16.01.2021 r., a następnie kilkakrotnie przedłużany stosownymi aneksami aż do dnia 21.02.2021 r. (niedziela). Natomiast termin związania ofertą upływał w dniu 20.02.2021 r. (sobota). Następnie, w dniu 19.02.2021 r., na wniosek Zamawiającego, Wykonawca przesłał oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 21.04.2021 r., a wraz z nim aneks do gwarancji przedłużający termin jej ważności do dnia 23.04.2021 r.

Dalej Zamawiający wskazał, że „Zamawiający powinien mieć możliwość zrealizowania roszczeń z tytułu zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia w terminie związania ofertą okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. W sytuacji, gdy termin związania ofertą

upływa w dniu ustawowo wolnym od pracy gwarancja wadium powinna umożliwiać Zamawiającemu na skorzystanie z uprawnień wynikających z gwarancji po upływie jej terminu ważności”. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że: „wadium złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą nie zabezpieczało w sposób wystarczający interesów Zamawiającego od chwili złożenia oferty do momentu przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium. Przedłużenie przez Wykonawcę terminu związania ofertą oraz wniesienie prawidłowego zabezpieczenia w postaci aneksu do gwarancji na przedłużony okres nie spowodowało ustania przesłanki odrzucenia oferty gdyż oferta Wykonawcy już przed dokonaniem tych czynności podlegała odrzuceniu”.

Zatem zdaniem Zamawiającego, jeżeli termin związania ofertą upływa w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, to gwarancja wadium powinna obejmować co najmniej jeden dzień roboczy przypadający po terminie związania ofertą.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, wniósł odwołanie, w którym wskazał na poniższe okoliczności.

Zgodnie z SIWZ Odwołujący był związany ofertą 30 dni od dnia otwarcia ofert (22.01.2021r.) tj. do dnia 20.02.2021 (sobota). Do oferty wykonawca dołączył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej w terminie od dnia 22.01.2021 r. do dnia 21.02.2021 r. (niedziela). Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą - pośrednio wynika to z art. 85 ust. 4 ustawy pzp, który stanowi, że 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. Przepis ten nie nakazuje przedłużania ważności wadium do następnego dnia roboczego po upływie terminu związania ofertą precyzyjnie zrównując termin ważności wadium z terminem związania ofertą.

Wykonawca jest związany ofertą do upływu, terminu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się w dniu w którym upływa termin składania ofert. Powyższe oznacza, że nie będą tu miały zastosowania zasady liczenia terminów określone w Kodeksie cywilnym, przy liczeniu terminu związania ofertą należy uwzględnić także dzień składania ofert, a więc dzień, w którym nastąpiło zdarzenie dające początek biegowi terminu. Podobnie rzecz wygląda z końcem terminu związania ofertą - termin ten nie ulega przesunięciu na dni robocze ani na zasadzie określonej w art. 115 Kodeksu cywilnego ani na podstawie art. 14 ust. 2 pzp.

Odwołujący podkreślił, że regulacje te nie mają zastosowania do okresu związania ofertą, gdyż nie jest to „termin do wykonania czynności”, o którym mowa w tych przepisach. Powyższe powoduje, że nie jest możliwe przesunięcie ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na najbliższy dzień

roboczy.

Odwołujący podkreślił także, że ocena, iż art. 115 kc nie ma zastosowania do biegu terminu związania ofertą jest powszechnie przyjmowane przez Krajową Izbę Odwoławczą i było prezentowane także we wcześniejszych orzeczeniach. Również Sądy Okręgowe jednoznacznie wypowiedziały się w tej kwestii, uznając że termin związania ofertą nie ulega przesunięciu na najbliższy dzień roboczy.

Tym samym Odwołujący stwierdził, że jeżeli termin związania ofertą kończy się zawsze dokładnie w dniu ustalonym na podstawie zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie ulega przesunięciu nawet jeżeli jest to dzień ustawowo wolny od pracy lub sobota, to gwarancja wadialna kończąca swoje obowiązywanie tego samego lub następnego dnia jest poprawną gwarancją a wadium wniesione przez Wykonawcę jest wystarczające i prawidłowe.

Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego (której cena mieściła się w budżecie Zamawiającego) było stwierdzenie, że następna w kolejności oferta przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i unieważnienie postępowania.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wobec bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego, również unieważnienie postępowania należy uznać za czynność dokonaną z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem cena oferty Odwołującego nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Odwołujący był związany ofertą przez okres 30 dni od dnia otwarcia ofert (22.01.2021r.) tj. do dnia 20.02.2021 (sobota). Do oferty Odwołujący dołączył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej w terminie od dnia 22.01.2021 r. do dnia 21.02.2021 r. (niedziela). Odwołujący wniósł zatem wadium. Wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, Zamawiający nie zaprzecza, że wadium zostało u niego złożone. Wadium zabezpieczało cały okres związania ofertą. Tym samym nie istniały żadne okoliczności, dla których

należałoby uznać, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, nie przedstawił argumentacji na potwierdzenie zasadności swojej tezy.

Twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym „Zamawiający powinien mieć możliwość zrealizowania roszczeń z tytułu zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia w terminie związania ofertą okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. W sytuacji, gdy termin związania ofertą upływa w dniu ustawowo wolnym od pracy gwarancja wadium powinna umożliwić Zamawiającemu na skorzystanie z uprawnień wynikających z gwarancji po upływie jej terminu ważności” nie znajduje podstawy prawnej.

Żaden obowiązujący przepis nie nakazuje przedłużania ważności wadium do następnego dnia roboczego po dniu ustawowo wolnym od pracy.

W niniejszym postępowaniu nie tylko nie zaistniała okoliczność, w której Zamawiający nie miał możliwości skorzystania z wadium, ale nie zaistniała również podstawa do zatrzymania wadium.

Rozważania Zamawiającego dotyczące sytuacji, w której Zamawiający podejmuje decyzje skutkujące zatrzymaniem wadium w dniu wolnym od pracy, są rozważaniami hipotetycznymi (również nawet nie wykazywanymi przez Zamawiającego i nie wskazanymi przez niego w podstawie odrzucenia oferty Odwołującego). Skoro Zamawiający nie podejmuje decyzji skutkujących zatrzymaniem wadium w sobotę lub w dniu wolnym od pracy, to w konsekwencji również w takim czasie nie zachodzą podstawy do zatrzymania wadium i nie zostanie zgłoszone roszczenie do wystawcy gwarancji.

Odwołujący 19 lutego 2021 roku (a więc w piątek, dwa dni przed upływem terminu ważności wadium) przesłał Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, a wraz z nim aneks do gwarancji przedłużający termin jej ważności do 23 kwietnia 2021 roku. Powyższa okoliczność tym bardziej potwierdza bezzasadność podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego była zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, umożliwiający skorzystanie z uprawnień wynikających z gwarancji, a hipotetyczne rozważania Zamawiającego były zupełnie bezpodstawne i nie znalazły w żaden sposób potwierdzenia w rzeczywistości.

Zamawiający nie wykazał, aby wniesione przez Odwołującego wadium było nieprawidłowe lub aby zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie wykazał zatem zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień

publicznych. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie wskazanego przepisu było nieprawidłowe.

Z powyższych względów zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne i nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji należało uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, unieważnienie postępowania należało uznać za czynność dokonaną z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro cena oferty Odwołującego nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....