

Sygn. akt: KIO 1809/22

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: Dawid Gajewski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: Adamietz sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich i EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** przy udziale:

- A. wykonawcy **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Adamietz sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich i EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Zamawiający: Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wytworzenie składnika aktywów trwałych w formule „optymalizuj-buduj” poprzez wybudowanie zespołu budynków kanałów informacyjnych telewizji wraz z usługami, garażem podziemnym, infrastrukturą towarzyszącą oraz zagospodarowaniem terenu, na terenie Zakładu Głównego Telewizji Polskiej S.A. przy ul. J.P. Woronicza w Warszawie”. Nr ref: ZP/TINT/51/2021, Ogłoszenie opublikowano 27 sierpnia 2021 r. w DzUrz UE nr 2021/S 166-432414.

Odwołujący: Konsorcjum firm ADAMIETZ sp. z o. o. i EBS BUD Sp. z o. o.

wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „DORACO”);
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD S.A. z/s w Skierniewicach (dalej: „MIRBUD”);
- 3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty DORACO, która powinna zostać odrzucona; ewentualnie:
- 4) bezpodstawnym przyznaniu wykonawcom DORACO oraz MIRBUD maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium: „Okres Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m. in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji”;
- 5) wyborze jako najkorzystniejszej oferty DORACO pomimo, że nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny w świetle kryteriów i powinna znaleźć się na drugim miejscu rankingu;

Wymienionym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO, w której wykonawca zaoferował dwa alternatywne okresy gwarancji jakości tj. złożył dwie oferty pomimo, że w świetle Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD, w której wykonawca zaoferował dwa alternatywne okresy gwarancji jakości tj. złożył dwie oferty pomimo, że w świetle Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z pkt 9.1 w zw. z pkt 9.2 specyfikacji warunków zamówienia przez zaniechanie odrzucenia jako niezgodnej z warunkami zamówienia oferty DORACO, w której wykonawca zaoferował dwa alternatywne okresy gwarancji jakości pomimo, że w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający precyzyjnie określił w jaki sposób wykonawca powinien zaoferować dłuższy niż minimalny okres gwarancji oraz

zastrzegł, że złożenie oferty zawierającej rozwiązanie alternatywne stanowić będzie podstawę do jej odrzucenia;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z pkt 9.1 w zw. z pkt 9.2 swz przez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD na tych samych podstawach faktycznych i prawnych jak w pkt 3;

5) art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 220 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO, które przedłużyło ważność wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą w czego konsekwencji oświadczenie DORACO o przedłużeniu terminu związania ofertą nie jest skuteczne;

6) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 220 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO, które przedłużyło ważność wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą

- ewentualnie w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta DORACO lub MIRBUD nie podlega odrzuceniu:

7) naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez przyznanie ofercie DORACO oraz MIRBUD maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium: „Okres Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m. in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji” w sytuacji, gdy DORACO oraz MIRBUD nie zaoferowali w sposób zgodny z dokumentami zamówienia dłuższego okresu gwarancji niż minimalny wymagany przez Zamawiającego co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty DORACO, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny w świetle kryteriów oceny ofert;

8) oraz 9) dotyczące zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na zaoferowaniu dwóch okresów gwarancji w dwóch ofertach – zarzuty zostały cofnięte.

#### ŻĄDANIA

W związku z powyższymi naruszeniami ustawy niniejszym wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenie ofert wykonawców DORACO oraz MIRBUD;

ewentualnie

nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert i nieprzyznawania ofertom DORACO oraz MIRBUD punktów w ramach kryterium: „Okres Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m. in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji”.

W sytuacji bowiem, gdyby oferta DORACO została odrzucona lub gdyby wykonawca ten nie otrzymał punktów w ramach kryterium jw. oferta Odwołującego przedstawiałaby

najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny w świetle kryteriów oceny ofert i znalazłaby się na pierwszym miejscu ranking.

Odwołujący posiada również interes w kwestionowaniu prawidłowości oceny oferty MIRBUD. W interesie Odwołującego jest wyeliminowanie wykonawcy MIRBUD, który na dalszym etapie Postępowania będzie mógł kwestionować ofertę Odwołującego, utrudniając lub uniemożliwiając uzyskanie zamówienia.

#### UZASADNIENIE

W pkt 4.13.1. swz zamówienia Zamawiający wymagał, aby minimalna zaproponowana przez wykonawcę długość Gwarancji Jakości wynosiła 3 lata licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania w przypadku: „Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne Cm. in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji”.

Jednocześnie pod pkt 4.13.3. specyfikacji Zamawiający zawarł zastrzeżenie: „Jeżeli Wykonawca oferuje okres gwarancji dłuższy niż minimalny okres gwarancji wymagany w pkt. 4.12.1. SWZ, winien odpowiednio zmienić pkt 5 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Zaoferowanie krótszych okresów gwarancji niż wymagane w SWZ, równoznaczne będzie ze złożeniem oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty. ”

Z kolei oświadczeniu z pkt 5 Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający nadał następujące brzmienie:

5. Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m.in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji na okres 3 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania, (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ..... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).

W pkt 9.1. specyfikacji Zamawiający wskazał: „Oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z niniejszą SWZ i treścią określoną w dokumentach wskazanych w pkt 10.1 SWZ”. Jednocześnie w pkt 9.2 doprecyzował: „Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej rozwiązanie alternatywne lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę”.

Ponadto w pkt 15.2.2 specyfikacji Zamawiający przewidział, że w ramach kryterium oceny ofert o wadze 3% punktowany będzie: „Okres Gwarancji Jakości dla urządzeń jw.

1 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty DORACO jako najkorzystniejszej. Jednocześnie ustalił ranking ofert: DORACO, Konsorcjum Adamietz, MIRBUD SA.

Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone otrzymały maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium: „Okres Gwarancji Jakości dla wskazanych urzędzeń.

Wykonawcy wypełnili pkt 5 Formularza oferty w następujący sposób:

DORACO: 5. Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urzędzeń (jw.) na okres 3 lat /.../, (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresie Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość 6 lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).

Odwołujący: 5. Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urzędzeń (jw.) na okres 6 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania.

MIRBUD: 5. Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urzędzeń (jw.) na okres 3 lat /.../ (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresie Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość 6 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).

Odwołujący jako jedyny wypełnił prawidłowo pkt 5 Formularza. Z kolei DORACO oraz MIRBUD, bagatelizując jasne i konkretne wymagania określone w specyfikacji, zaoferowali alternatywnie minimalny okres gwarancji - 3 lat oraz okres maksymalny - 6 lat.

[oferta DORACO i MIRBUD jest niezgodna z przepisami ustawy]

Zgodnie z pkt 9.2 swz i art. 218 ust. 1 Pzp: „Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie”.

DORACO oraz MIRBUD zamiast zmienić pkt 5 Formularza wypełnili stanowiącą uzupełnienie warunków określonych w dokumentach zamówienia instrukcją przez co de facto zaoferowali dwa alternatywne okresy gwarancji. W konsekwencji mamy do czynienia z różnymi, wewnętrznie sprzecznymi oświadczeniami w ramach jednej oferty, a co za tym idzie z dwiema ofertami. Wobec powyższego oferta DORACO i MIRBUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający określił w jaki sposób wykonawcy mają zaoferować dłuższy okres gwarancji niż minimalny wymagany: „Jeżeli Wykonawca oferuje okres gwarancji dłuższy niż minimalny okres gwarancji wymagany w pkt. 4.12.1. SWZ, winien odpowiednio zmienić pkt 5 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do swz”.

Zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN: „zmienić - zmieniać 1. <<nadać komuś lub czemuś inny wygląd lub inne cechy >> 2. <<zastąpić coś czymś innym lub kogoś kimś innym>>”.

W związku z powyższym wykonawcy oferujący okres gwarancji dłuższy niż minimalny wymagany powinni dokonać modyfikacji Formularza ofertowego przez eliminację z narzuconego z góry przez Zamawiającego oświadczenia okresu minimalnego tj. „3 lat” (np. skreślenie/zmiana), a następnie w to miejsce wprowadzić faktycznie oferowany okres gwarancji np. „6 lat”. Potwierdza to również instrukcja, w nawiasie pkt 5 Formularza

ofertowego: /.../ (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresie Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).

Prawidłowo wypełnienie pkt 5 Formularza ofertowego prezentuje oferta Odwołującego:

Odwołujący ponadto wskazuje, że specyfikacja została w ten sposób zinterpretowana również przez wykonawcę Mostostal, który także prawidłowo wypełnił Formularz w tej części: Wada w ofertach polegająca na wskazaniu dwóch okresów gwarancji nie może być poprawiona na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp., ma bowiem charakter istotny, gdyż dotyczy kryterium oceny ofert oraz wywiera wpływ na kolejność w rankingu (tak: KIO 1548/17).

Nie istnieje jeden sposób poprawienia błędu w ofertach. Zamawiający równie dobrze mógł nie przyznawać tym ofertom żadnych punktów w ramach kryterium: „Okres Gwarancji /.../

Popołniony błąd w ofertach nie kwalifikuje się do wyjaśnień treści oferty, które sprowadzałyby się de facto do wyboru przez wykonawców jednej z opcji wskazanej w ofercie.

Odwołujący jednocześnie popiera w całości argumentację w opinii prawnej INP PAN dra R. S. . (w dokumentacji postępowania).

[zarzuty ewentualne dotyczące oceny ofert]

Odwołujący z ostrożności stawia zarzuty ewentualne dotyczące oceny ofert oraz przyznawania punktów w ramach kryterium: Okres Gwarancji.

W tym wypadku Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie powinien przyznawać punktów w ramach tego kryterium oceny ofert. DORACO oraz MIRBUD nie zaoferowali okresu dłuższego niż minimalny. Wiążące powinno być oświadczenie pierwotnie narzucone w pkt 5 Formularza, które ewentualnie mogło zostać zmienione, a nie treść instrukcji wypełniania dokumentu.

[okres ważności wadium DORACO]

26 kwietnia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą: „na okres 60 dni, tj. na okres od 27 maja 2022 r. do dnia 25 lipca 2022 r.” Jednocześnie wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą następują wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium. Wraz z oświadczeniem o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą DORACO złożyło aneks do gwarancji bankowej, która została złożona wraz z ofertą jako wadium. Z treści aneksu wynika przedłużenie terminu ważności gwarancji do dnia 25 lipca 2022 roku czyli dnia, w którym upływa termin związania ofertą.

/.../ żądanie zapłaty zawierające Wasze oświadczenie musi wpłynąć do nas w tym dniu lub przed tym dniem, i wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

1) gdyby Wasze żądanie zapłaty zawierające Wasze oświadczenie nie zostało nam doręczone w terminie ważności gwarancji,

2) gdy przed upływem terminu jej ważności złożycie nam oświadczenie o zwolnieniu wadium, w sposób przewidziany dla żądania zapłaty,

3) gdy nasze świadczenia z tytułu niniejszej gwarancji osiągną kwotę gwarancji.”

Tym samym roszczenia z tytułu gwarancji można składać najpóźniej dnia 25 lipca 2022 r. tj. w dniu upływu terminu związania ofertą.

Dla oceny prawidłowości wadium DORACO zasadnym jest przywołanie podstawowych funkcji wadium. Wadium stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, z drugiej zaś strony jego rolą jest zabezpieczenie zamawiającego przed wystąpieniem okoliczności z art. 98 ust. 6 Pzp. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. Celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego, dochodzenie przez zamawiającego roszczeń z gwarancji winno być stosunkowo łatwe.

Należy stwierdzić, że sporna gwarancja bankowa nie zabezpiecza w pełni interesu Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji. W przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji bankowej wpłynęło do gwaranta po 25 lipca 2022 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Tym samym nawet w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji bankowej, nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO 2486/20,; „Wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą. Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione”. W tym samym Izba podkreśliła również, że: „ Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji winno wynikać w jaki

sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium”. Powyższy wyrok został utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Częstochowie. Stanowisko podzieliła również Izba w wyroku z dnia 2 czerwca 2022 r. KIO 1292/22. W wyroku KIO 952/20, w których wskazano, że: „Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc.” (KIO 802/17).

Przystępujący po stronie odwołującego MIRBUD S.A. w Skierniewicach poparł zarzuty odwołania dotyczące wadliwości wadium złożonego przez Doraco i wykonania żądań odwołania przez pozytywne rozstrzygnięcie tego zarzutu.

Oferta DORACO nie została należycie zabezpieczona wadium na przedłużony okres związania ofertą. O ile pierwotna treść gwarancji wadialnej była prawidłowa, gdyż DORACO ustanowiło zabezpieczenie wadialne do 27.05.2022 r. (piątek), przy terminie związania ofertą do dnia 26.05.2022 r. (czwartek), o tyle formułując warunki aneksu do umowy, termin ważności wadium nie został oznaczony należycie. I tak przy terminie związania ofertą do 27.05.2022 r., DORACO sformułowało gwarancję wadialną (tu cytat).

Z treści gwarancji wynika wprost, że żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek, z art. 98 ust. 6, w terminie do dnia 25.07.2022, zgłoszone po tym terminie będzie bezskuteczne. Zatem Zamawiający, pomimo że wystąpi podstawa do zatrzymania wadium w terminie związania ofertą, nie będzie mógł zgłosić skutecznego żądania zapłaty po tym terminie. Procedura zgłaszania żądania zapłaty wadium, przewidziana w gwarancji ustanawiająca termin na zgłoszenie żądania zapłaty równy terminowi odpowiedzialności gwaranta powoduje, że oferta DORACO nie jest zabezpieczona do końca terminu (art. 97 ust. 5 Pzp) i nie stanowi odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty określonej tytułem wadium sumy (art. 70 (4) K. c.). Czynność wyboru oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium prawidłowo narusza ustawę (art. 226 ust. 1 pkt 14).

Kwestie dotyczące prawidłowości wniesienia wadium nie są objęte dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Nie ma również podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadialnego oczywistej omyłki.

Powyższe twierdzenia Przystępującego oparte są na wykładni odnośnych przepisów dokonanej przez KIO (KIO 2179/16, KIO 2640/15).

Pzp nie reguluje pojęcia wadium (istoty wadium oraz funkcji wadium). W tym przedmiocie zastosowanie znajdzie Kodeks cywilny.

A zatem pojęcie oferty, związania i wadium zostały uregulowane w Kodeksie cywilnym. W tym zakresie zastosowanie znajdują przepisy (działu II Zawarcie umowy Tytułu IV Czynności prawne Księgi pierwszej Część ogólna Kodeksu cywilnego):

Zamawiający nie uwzględnił przedmiotowej regulacji i nie zbadał w pierwszej kolejności czy zaoferowane przez wykonawcę zabezpieczenie jest odpowiednim zabezpieczeniem zapłaty określonej tytułem wadium sumy pieniężnej w rozumieniu art. 70 (4) K. c.

Sprecyzowanym wymogiem prawa jest i każdy wykazujący zwykłą staranność oferent nie może nie znać, że dla stwierdzenia czy wykonawca ustanowił odpowiednie zabezpieczenie zapłaty określonej tytułem wadium sumy (art. 70 (4) S 1 K. c.) przesądzające znaczenie ma treść zabezpieczenia, w tym przypadku treść gwarancji bankowej badanej każdorazowo ad casum. Na takie podejście jako właściwe wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy (np. I CKN 37/96, V CSKL 233/09, II CSK 388/15, IV CSK 86/17) i z nim koresponduje również orzecznictwo KIO, które podnosi, że wyłącznie oświadczenie woli gwaranta zawarte w dokumencie winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium.

Ścisła interpretacja treści gwarancji wynika z jej charakteru (abstrakcyjnego charakteru zobowiązania „nieodwołalnego, na pierwsze wezwanie”), a w konsekwencji z tego, że gwarant, będzie oceniał zasadność zgłoszonego przez zamawiającego roszczenia tylko na podstawie zgłoszonego żądania zapłaty( np. Sąd Najwyższy w sprawie IV CSK 683/13) .

Gwarancja musi jasno i konkretnie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, z którego musi wynikać zabezpieczenie roszczenia o wadium, należne zamawiającemu w przypadku wystąpienia przestanek zatrzymania wadium, które zgodnie z prawem mogą wystąpić do upływu terminu związania ofertą.

Wykonawcy dysponują wymaganiami sprecyzowanymi w porządku prawnym, które umożliwiają im przy zachowaniu należytej staranności odpowiednie zabezpieczenie oferty z wykorzystaniem innych form niż zapłata określonej sumy pieniężnej.

Wskazać należy, że gwarancja DORAKO jasno i konkretnie wskazuje zakres przedmiotowy i czasowy odpowiedzialności gwaranta, w tym że jego odpowiedzialność wygasa gdy — nie otrzyma do dnia 25 lipca 2022 r. prawidłowego żądania zapłaty (spełniającego wymogi określone w gwarancji) wraz z oświadczeniem o zaistnieniu podstaw zatrzymania wadium uregulowanych w ustawie Pzp. Przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, ale złożenie przez Zamawiającego oświadczenia.

O prawidłowości wniesienia wadium nie decyduje zatem prawdopodobieństwo wystąpienia danego przypadku wadialnego, czy realia przetargowe, np. tak sprawne prowadzenie postępowania przez Zamawiającego, że zminimalizuje on ryzyka związane z formalnościami

przy wypłacie. Nie można bowiem wykluczyć, że potrzeba zatrzymania wadium zaistnieje w ostatnim momencie. Przystępujący tytułem przykładu wskazuje na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2018 r. w sprawie I ACa 470/17, w którym powództwo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad o zapłatę sumy gwarancyjnej przeciwko Gwarantowi zostało oddalone, w związku z tym że żądanie zapłaty zostało złożone po upływie terminu odpowiedzialności pozwanego.

Zdaniem Przystępującego, warunek tyżący się terminu ważności wadium, przewidziany w gwarancji wadialnej DORACO, stwarza realne ryzyko dla Zamawiającego niezaspokojenia z sumy gwarancyjnej. Skoro czynności albo zaniechania DORACO, skutkujące zatrzymaniem wadium, mogły nastąpić do ostatnich chwil terminu związania ofertą, to brak byłoby możliwości, aby do upływu terminu związania ofertą Zamawiający ocenił te przyszłe, niezastniałe jeszcze (!) czynności / zaniechania i dodatkowo wystosował stosowny wniosek do gwaranta o wypłatę sumy gwarancyjnej. Pewne natomiast jest, w związku z jasnymi postanowieniami gwarancji, że żądanie zapłaty zgłoszone po dniu 25 lipca 2022 r. nawet jeżeli zawierałoby oświadczenie, że podstawa zatrzymania wadium zaistniała do dnia 25 lipca 2022 r. byłoby bezskuteczne.

Postanowienia gwarancji wadialnej DORACO, które stanowią, że gwarancja jest ważna do dnia 25.07.2022 r., po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, stwarza ryzyko braku możliwości zrealizowania przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Treść postanowień gwarancji wadialnej DORACO, określająca termin obowiążania gwarancji równy terminowi związania ofertą, jest nieprawidłowa, gdyż nie zabezpiecza w każdym przypadku legalnego roszczenia Zamawiającego. Obowiązkiem DORACO, jako profesjonalisty, jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie postępowania, w tym również w zakresie formułowania warunku aneksu do gwarancji wadialnej.

Problem skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie gwarancji, która zawiera postanowienia, że żądanie zapłaty należy doręczyć gwarantowi w terminie obowiążywania gwarancji, a termin ten jest jednocześnie terminem związania ofertą złożoną w toku przetargu był wielokrotnie rozstrzygany zgodnie z poglądami w niniejszym piśmie. Przystępujący wskazuje na rozstrzygnięcia Izby: KIO 1292/22, KIO 949/22, KIO 2452/21, KIO 952/20, KIO 2486/20 oraz przez Sąd Okręgowy w Częstochowie. W wyroku z 5 lutego 2021 r. V Ga 328/20 sąd ten uznał, że wadium takie jest nieprawidłowe. Tak samo rozstrzygnęła tę kwestię Izba w wyroku z dnia 2 maja 2022 r. w sprawie KIO 949/22 wywodząc: „Z treści złożonej przez Przystępującego gwarancji wadialnej wynika, że „niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 08.11.2021 r. i obowiążuje do dnia 07.03.2022 r., po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie jeżeli najpóźniej w

wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji.

Przystępujący wskazuje, że rozstrzygnięcia te zasługują na aprobatę i winny stanowić wyznacznik dla oceny prawnej ustanowionej przez DORACO gwarancji wadialnej. Rozstrzygnięcia te odpowiadają dorobkowi judykatury oraz doktryny prawa cywilnego, która od lat zajmuje się tematyką gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej, a który to dorobek został pokrótce przytoczony w treści niniejszego pisma. Przystępujący podnosi, że rozstrzygnięcia KIO, które prezentują odmienny pogląd od tego zaprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Częstochowie należy uznać za poglądy nieodpowiadające obowiązującym przepisom prawa w tym przedmiocie i po prostu błędne.

Nowa ustawa Pzp, tj. art. 97 ust. 5 Pzp nie zmienił funkcji jakie spełnia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także nie zmieniła charakteru prawnego tej instytucji, która pozostaje instytucją prawa cywilnego, tak samo jak gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa. Przystępujący, podnosi, że pod rządami obecnej ustawy Pzp (art. 97 ust. 5 Pzp) ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty sumy określonej tytułem wadium wciąż oznacza takie ukształtowanie warunków gwarancji to jest wymogów formalnych i zabezpieczonego rezultatu, który prowadzi do kategorycznego wniosku, że oferta jest zabezpieczona do upływu terminu związania ofertą (umożliwia zaspokojenie z sumy gwarancyjnej w przypadku wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium w terminie związania ofertą). Art. 97 ust. 5 Pzp ma walor przepisu procesowego a nie materialnego.

Istotne są realia tych spraw, ponieważ nie są one nawet zbliżone do przedmiotowej sprawy. Sprawa C-35/17 dotyczyła sankcji za niespełnienie obowiązku niewynikającego z dokumentacji przetargowej ani przepisów prawa powszechnego. Problem przedstawiony przez KIO TSUE tak pokrótce był następujący, Odwołujący w postępowaniu przed KIO domagał się wykluczenia z przetargu, tych wykonawców, którzy nie przedłużyli samodzielnie terminu związania ofertą i wadium po tym, gdy termin związania ofertą, ten na wniosek Zamawiającego do przedłużenia, upłynął. Sankcji wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty w przypadku upływu terminu związania ofertą nie przewidywały przepisy prawne, w tym Pzp (Pzp2004), ani K. c., natomiast orzecznictwo KIO dopuszczało możliwość odrzucenia oferty w takim przypadku, uzupełniając w ten sposób ustawę Pzp. W tych okolicznościach TSUE orzekł, że nie można obciążać wykonawcę obowiązkiem, który nie wynika ze specyfikacji czy przepisów prawa, a wykładni. Przy czym w tym miejscu wskazać należy, że nie ma wątpliwości, że nie chodziło o każdą wykładnię prawa tylko wykładnię uzupełniającą lukę w prawie, a nie wykładnię istniejących przepisów prawa.

Przystępujący wskazuje, że nie ma sporu co do tego, że wadium ma zabezpieczać ofertę do upływu terminu związania ofertą. Nie ma również sporu co do tego, że wadium ma być utrzymywane do upływu terminu związania ofertą. Spór dotyczy warunków gwarancji

określonych przez DORACO w treści gwarancji, którą wykonawca ukształtował z korzyścią dla siebie a nie Zamawiającego i która właśnie nie daje podstawy do kategorycznego wniosku, że zabezpiecza ofertę przez cały okres związania ofertą, czy że wadium jest utrzymane do upływu terminu związania ofertą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

1. Stanowisko Zamawiającego wobec zarzutów dotyczących treści ofert:

Zamawiający wymagał, aby minimalna długość Gwarancji Jakości dla wymienionych urządzeń wynosiła 3 lata. Jednocześnie na końcu pkt 4.13 SWZ wskazano, że jeżeli wykonawca oferuje okres gwarancji dłuższy niż minimalny okres gwarancji wymagany w pkt. 4.13.1. SWZ, winien odpowiednio zmienić pkt 5 Formularza oferty. Zamawiający nie wskazał jednego właściwego sposobu odpowiedniej zmiany pkt 5 Formularza pozostawiając wykonawcy wybór, co do sposobu dokonania zmiany.

Kierując się ekonomią postępowania oraz mając na uwadze postanowienia SWZ dotyczące zaoferowania dłuższego okresu gwarancji niż minimalny wymagany w pkt. 4.13.1. SWZ, Zamawiający przygotował treść pkt 5 Formularza oferty w sposób zapewniający Wykonawcom bezpośrednią możliwość wskazania dłuższego okresu gwarancji, jak również umożliwiającą złożenie oferty nie obciążonej omyłką w zakresie okresu gwarancji, w sytuacji, w której Wykonawca nie zamierzałaby zaoferować dłuższego okresu gwarancji. W tym celu tak skonstruował postanowienie w pkt 5 Formularza oferty, by Wykonawca oferujący minimalny okres gwarancji nie musiał w żaden sposób ingerować w treść tego punktu, zaś Wykonawca oferujący wydłużony okres gwarancji wpisał w wykropkowane miejsce długość owego okresu, co wypełnia dyspozycję „odpowiedniej zmiany” Formularza zawartą w akapicie następującym po pkt 4.13.3. SWZ.

W konsekwencji przygotowany pkt 5 Formularza oferty brzmi: „Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń /.../ na okres 3 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania, (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ..... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).”.

Należy stwierdzić, że każda ingerencja w jego treść stanowiła „odpowiednią zmianę” i była świadomym działaniem Wykonawcy, w kontekście pierwotnego brzmienia tego punktu. W Postępowaniu złożono pięć ofert. W ofertach Wykonawcy dokonali odpowiedniej zmiany pkt 5 Formularza na trzy różne sposoby (wskazane poniżej), przy czym większość Wykonawców dokonała odpowiedniej zmiany poprzez uzupełnienie wykropkowanego miejsca o oferowany okres gwarancji przy jednoczesnym pozostawieniu treści wpisanej pierwotnie przez Zamawiającego. Wskazano na treść pkt 5 w ofercie DORACO, MIRBUD, PORR (te tożsamej treści) Mostostal Warszawa S.A., oraz odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że każdy z powyższych sposobów prowadził do złożenia oferty zgodnej zarówno z przepisami ustawy Pzp, jak i postanowieniami SWZ. Każdy bowiem z Wykonawców wskazał wprost i w sposób świadomy oferowany przez siebie okres gwarancji, przez dokonanie odpowiedniej zmiany pkt 5 Formularza. Wskazując za definicję słownikową zmiany wskazał, choć odnosi się do „zmiany”, a nie do „odpowiedniej zmiany” prawidłowe jest działanie każdego z Wykonawców, który zaoferował dłuższy okres gwarancji przez nadanie pkt 5 Formularza oferty innego wyglądu tj.: wskazania w wykropkowanym, pozostawionym przez Zamawiającego miejscu oferowanego przez siebie okresu gwarancji. Zamawiający przy ofertach nie miał wątpliwości, co do oferowanego okresu gwarancji, jakim w tej sytuacji był okres świadomie wskazany przez Wykonawcę, a nie minimalny wpisany w pkt 5 Formularza oferty przez Zamawiającego.

W świetle powyższego oraz mając na uwadze dokumenty zamówienia nie sposób podzielić poglądu Odwołującego, że treść pkt 5 Formularza oferty w brzmieniu: „(w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ..... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania)” jest jedynie instrukcją „stanowiącą uzupełnienie warunków określonych w dokumentach zamówienia”. Ww. treść stanowiła integralną część dokumentów zamówienia (Formularza oferty), a nie ich uzupełnienie, przez co, wypełnienie przez Wykonawcę wykropkowanego miejsca nadawało pkt 5 Formularza oferty nowe brzmienie, z którego wprost wynikało, jaki okres gwarancji oferuje Wykonawca. Gdyby owa treść stanowiła jedynie instrukcję wówczas nie zawierałaby wykropkowanego miejsca na wpisanie przez Wykonawcę okresu gwarancji. Gdyby owa treść stanowiła jedynie instrukcję winna wówczas zawierać informację o wykreśleniu 3 letniego minimalnego okresu gwarancji i w to miejsce wskazania okresu oferowanego. Analizując Formularz widać, że wszelkie postanowienia stanowiące instrukcję wypełnienia formularza zostały wyraźnie oznaczone, odseparowane od postanowień mających, po wypełnieniu, stanowić treść oświadczenia woli, np.: jako instrukcję – wpisał kursywą dot. Oferty wspólnej albo „Zaznaczyć właściwe”,

Zarówno Odwołujący, jak i pozostali zrealizowali cel określony przez Zamawiającego, jakim było świadome wskazanie dłuższego okresu gwarancji poprzez odpowiednią zmianę pkt 5 Formularza oferty.

Nie sposób podzielić stanowiska o alternatywnym zaoferowaniu minimalnego okresu gwarancji – 3 lata oraz okres maksymalnego 6 lat”. Logicznym jest wypełnienie przez trzech wykonawców pkt 5 Formularza w jedynym możliwym miejscu dotyczącym dłuższego okresu gwarancji i w ten sposób zaoferowanie dłuższego okresu. Nielogicznym jest twierdzenie, że wypełnienie pkt 5 Formularza w jedynym możliwym miejscu dotyczącym dłuższego okresu gwarancji jest zaoferowaniem dwóch alternatywnych okresów gwarancji, a tym samym złożeniem dwóch ofert. Świadome wpisanie przez Wykonawcę w jedynym możliwym miejscu

Formularza oferty dłuższego okresu gwarancji było zaoferowaniem dłuższego okresu gwarancji ponad minimalny okres i było działaniem wpisującym się w wymagania SWZ. Ponadto, twierdzenie Odwołującego o zaoferowaniu w przypadku tych trzech ofert alternatywnych okresów gwarancji przeczyłoby zasadom logiki w składaniu przez tych Wykonawców ofert, bowiem oznaczałoby to że ci Wykonawcy w jednym zdaniu podrzędnie złożonym złożyli oświadczenie woli wewnątrznie sprzeczne albo oświadczenie, które w świetle pkt 4.9 SWZ skutkować by musiało odrzuceniem ich ofert.

Zamawiający stoi na stanowisku, że DORACO, MIRBUD i PORR postąpili zgodnie z wymaganiami i odpowiednio zmienili pkt 5 Formularza w sposób, który nie budził wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanego okresu gwarancji.

W ocenie Zamawiającego także zarzuty ewentualne nie znajdują oparcia w zaistniałym stanie faktycznym. Odwołujący zaprzecza własnej argumentacji w zakresie zarzutów głównych. np „(...) wada w ofertach DORACO oraz MIRBUD polegająca na wskazaniu dwóch okresów gwarancji nie może być poprawiona na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp.”, jednocześnie zarzucając Zamawiającemu „naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na zaoferowaniu dwóch okresów gwarancji (...)”

Reasumując należy stwierdzić, że DORACO i MIRBUD nie zaoferowali dwóch alternatywnych okresów gwarancji, a tym samym nie złożyli dwóch ofert; zaoferowali natomiast dłuższy okres gwarancji w sposób zgodny z dokumentami zamówienia, w konsekwencji czego Zamawiający nie naruszył przepisów stanowiących podstawę wniesienia odwołania w zakresie treści oferty.

## 2. Stanowisko Zamawiającego wobec zarzutów dotyczących wadium:

DORACO przedłużyło ważność wadium na cały okres związania ofertą – co jest w pełni zgodne ze stanem faktycznym sprawy – a tym samym postawione zarzuty winny podlegać oddaleniu. Uzasadnienie zarzutów nie dotyczy zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w odwołaniu i w związku z art. 555 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego, nie powinno stanowić podstawy do konstruowania kolejnych zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Z ostrożności Zamawiający przedstawia stanowisko.

W całości zgadza się z ugruntowaną linią orzecniczą KIO, opartą o przepisy obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którą „(...) zrównanie terminu ważności gwarancji (...) z terminem związania ofertą nie może zostać uznane za czynność wadliwą i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkować by miało odrzuceniem oferty (...)” .

Zamawiający nie zawarł w SWZ (pkt 8 SWZ) żadnych dotykowych wymagań w stosunku do wadium wnoszonego w formie gwarancji, które mogłyby stanowić podstawę do stwierdzenia, że wadium wniesione przez DORACO zostało wniesione nieprawidłowo. Zamawiający w podziela argumentację w orzeczeniu KIO 3617/21, w której Izba wskazała m.in., że „Wykonawcy nie mogą być zaskakiwani po złożeniu ofert oczekiwaniami co do dokumentu wadium, które nie zostały wyrażone a priori ani w SWZ, ani w p.z.p., ani w przepisach regulujących poszczególne instytucje np. w przepisach k.c., prawa bankowego czy prawa ubezpieczeniowego, ani nawet w jednoznacznych poglądach orzecznictwa czy jednolitej praktyce – i to w sytuacji, gdy przedmiotowego dokumentu nie można ani poprawić, ani uzupełnić. Tym bardziej w sytuacji, w której dany zamawiający nie uregulował konkretnych kwestii z zakresu wadium w SWZ, zabezpieczając w ten sposób swoje interesy w sposób szerszy lub bardziej odpowiedni, która to sytuacja również nie zasługuje na poddawanie szczególnej ochronie, wyższej niż wynikająca z założeń ustawowych. Należy w takim wypadku założyć, że istniejące regulacje są dla zamawiającego satysfakcjonujące. A tym samym znów trudno zarzucać wykonawcy wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, tj. nienależycie zabezpieczający interesy zamawiającego, których nie zabezpieczył sam zainteresowany.”. Izba wypowiedziała się również w tej sprawie w wyroku KIO 3628/21.

W związku z faktem, że Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 2486/20), utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Częstochowie (Zamawiający wskazuje na orzeczenie KIO 3367/21), , w którym Izba stwierdziła: „wyrok zapadł w poprzednim stanie prawnym, w którym prawo zamówień publicznych nie regulowało w sposób wyraźny końcowego terminu ważności wadium. Obecnie obowiązująca ustawa Pzp w art. 97 ust. 5 jednoznacznie wskazuje, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.”. W ocenie Zamawiającego wyrok KIO 1292/22, jako incydentalny w stosunku do orzeczeń wydanych pod rządami obowiązującej ustawy Pzp, oparty o postanowienia SWZ, których brak w obecnym SWZ, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Zamawiający zwraca uwagę, że termin związania ofertą upłynął 25 lipca 2022 r. Tym samym hipotetyczne rozważania Odwołującego, czy gwarancja bankowa wniesiona przez DORACO zabezpiecza w pełni interes Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji, tracą jakiegokolwiek znaczenie. W sytuacji, w której Zamawiający musiałby dokonać ponownego wyboru oferty zastosowanie miałby przepis art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że interes Zamawiającego, zgodnie z przepisem ustawy Pzp, pozbawiony byłby zabezpieczenia w postaci wadium. W ocenie Zamawiającego umożliwienie przez ustawodawcę dokonania, na pewnym etapie postępowania, wyboru oferty, która w ogóle nie jest zabezpieczona wadium, wskazuje na dążenie przez ustawodawcę do zmniejszania formalizmu procedury. Tym samym skoro ustawodawca dopuścił wybór oferty, po terminie związania ofertą (która

nie jest zabezpieczona wadium), to tym bardziej wprowadzanie dodatkowych wymagań w zakresie wadium nie wynikających z SWZ ani z ustawy Pzp jest nieuzasadnione. Doszukiwanie się w takiej sytuacji przesłanek odrzucenia oferty, opartych na hipotetycznych i nie określonych przez ustawodawcę okolicznościach jest działaniem sprzeczne z intencją ustawodawcy, dążącego do zmniejszenia formalizmu przy udzielaniu zamówienia publicznego.

Przystępujący po stronie zamawiającego Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku

poparł stanowisko Zamawiającego i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący chciałby stwierdzić, że działania Zamawiającego były zgodne z przepisami prawa, a wniesione odwołanie jest bezzasadne i bezpodstawne.

Zarzut nr 1 i 3: dot. zaoferowania dwóch alternatywnych okresów gwarancji, a w rezultacie złożenia dwóch ofert.

Przystępujący stwierdził, że w jego ofercie nie doszło do żadnego ominięcia zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jakiegokolwiek dookreślenia, który uniemożliwiłby ocenę oferty. Nie zaoferował dwóch alternatywnych okresów Gwarancji Jakości. Zaoferował jeden konkretny okres Gwarancji Jakości, wypełniając w prawidłowy sposób Formularz Ofertowy – w jedynym miejscu, w którym zostało to wskazane: Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m.in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji na okres 3 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania, (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ..... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).

Zamawiający wykropkował miejsce, gdzie należało wskazać długość okresu w przypadku, gdyby wykonawca chciał zaoferować dłuższy niż 3-letni okres. Właśnie w tym miejscu należało dokonać ewentualnej zmiany Formularza, której Przystępujący dokonał, wskazując w wykropkowanym miejscu, w sposób jasny i czytelny, że oferuje 6-letni okres Gwarancji Jakości dla urządzeń.

Sposób wypełnienia Formularza Ofertowego w tym zakresie wynikał nie tylko z tego, w jaki sposób został on przygotowany przez Zamawiającego, lecz również z doświadczeń Przystępującego z udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia organizowanych przez Zamawiającego.

Wola zaoferowania przedłużonego okresu Gwarancji Jakości urządzeń nigdy nie była kwestionowana – ani przez Zamawiającego, ani przez innych wykonawców. Jest to o tyle

istotne, że Zamawiający wykorzystuje przedmiotowy Formularz z analogicznymi zapisami dotyczącymi okresu Gwarancji Jakości dla ww. urzędzeń również w innych postępowaniach. W postępowaniu, którego dotyczy Odwołanie, zarówno Przystępujący, jak i MIRBUD S.A. oraz PORR S.A. wypełniły Formularz w miejscu dotyczącym gwarancji dla wskazanych urzędzeń dokładnie w taki sam sposób – nie ma wątpliwości, że wykonawcy zaoferowali 6-letni okres. Oba sposoby wypełnienia punktu 5 Formularza Ofertowego są po prostu prawidłowe.

Przystępujący dokonał odpowiedniej zmiany pkt 5 Formularza Oferty. W miejscu wykropkowanym wpisał okres gwarancji, jaki oferuje. Jest to zmiana pkt 5 Formularza Oferty. Zatem także argumentacja Odwołującego oparta o wykładnię literalną oraz definicję słowa „zmienić” ze Słownika Języka Polskiego PWN jest bezpodstawna – gdyż sprzeczna ze stanem faktycznym. Odwołujący próbuje przekonać Izbę, że Przystępujący nie dokonał zmiany pkt 5 Formularza oferty. Przystępujący dokonał zmiany innej, niż zrobił to Odwołujący. Jednak Zamawiający nakazał dokonać zmiany odpowiedniej, a nie zmiany w sposób, w jaki dokonał tego Odwołujący. Odrzucenie oferty Przystępującego w stanie faktycznym niniejszego postępowania byłoby nadmiernym formalizmem, który nie może być priorytetem postępowania.

Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego nie obejmuje pełnego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym – że nie obejmuje 6 lat gwarancji.

Przystępujący zakwestionował także przedstawioną przez Odwołującego „opinię” dr. R. S. . Wnioski w zawarte w tej analizie są wewnętrznie sprzeczne. W związku z powyższym trudno jest przyjąć, że Przystępujący zaoferował alternatywne okresy Gwarancji Jakości. Jeszcze bardziej absurdalnym jest wniosek, że doszło do złożenia dwóch ofert przez Przystępującego. Przystępujący złożył ofertę, która jest zgodna zarówno z normami prawa, jak i warunkami zamówienia. Zatem analizowane zarzuty są bezpodstawne i bezzasadne.

Zarzut nr 5 i 6: dotyczące rzekomego przedłużenia ważności wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą

W ocenie Przystępującego zarzuty są zupełnie bezpodstawne. Przedłożony przez Przystępującego dokument gwarancyjny nie zawiera klauzul, które w sposób nieuzasadniony ograniczają odpowiedzialność gwaranta. Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą – i takie wadium zostało wniesione w postępowaniu.

Orzeczenia Izby w większości wskazują, że nie istnieje żadna norma prawna, która wymagałaby, aby ważność wadium obejmowała okres dłuższy niż okres związania ofertą. Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie wadium złożone przez Przystępującego narusza przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji

jednoznacznie, że wystarczający jest termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

Obowiązująca ustawa w art. 97 ust. 5 Pzp jednoznacznie wskazuje, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą /.../. Zatem przystępujący zastosował się do obowiązujących przepisów i wyraźnego wymogu Zamawiającego. Nie można robić zarzutu Przystępującemu, który wynika z tego, że na wyraźne wezwanie Zamawiającego podjął działania, które są zgodne z normami prawa zamówień publicznych, a także jasno wyartykułowanymi wymogami samego Zamawiającego. W rezultacie należy uznać przedmiotowe zarzuty za bezpodstawne.

**Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestników przystępujących do stron postępowania odwoławczego stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Rozpatrując zarzuty podtrzymane przez odwołującego należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w tym treścią formularza ofertowego, wykonawca który oferuje dłuższy od wymaganego minimalnego, wynoszącego 3 lata, okresu gwarancji, dokonać miał stosownej zmiany w treści formularza ofertowego w punkcie 5., który brzmiał: „Udzielamy Gwarancji Jakości dla następujących urządzeń: urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne (m.in. stacje transformatorowe, rozdzielnie, baterie UPS, RUPS, agregaty) oraz wszelkie urządzenia sanitarne, wentylacji, klimatyzacji na okres 3 lat licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania, (w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania).”

Stosownie do pkt 4.13 swz wykonawca oferujący okres gwarancji dłuższy niż 3 lata winien „odpowiednio zmienić pkt 5 Formularza oferty.”

Kilku wykonawców, w tym przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, tj., ten, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył ofertę na formularzu o treści wyżej podanej z tym, że w miejscu wykropkowanym wpisał w miejsce owych kropek liczbę „6”.

W ocenie Izby fakt wpisania liczby 6 lat stanowi zmianę treści oferty, zakładając, że zdanie wtrącone ujęte w nawiasach, również jest treścią oferty, a nie tylko instrukcją wypełnienia formularza. Założenie powyższe Izba uznaje za zasadne niezależnie od faktu, że treść zacytowana obarczona jest błędem syntaktycznym w zakresie składni, niezgodności trybu, formy czasownika podanej najpierw w osobie pierwszej, a następnie w bezokoliczniku w

nawiasie. Potwierdza się zatem niewłaściwe połączenie form wyrazowych oraz wadliwy szyk wyrazów. Wskazane błędy, jakkolwiek niepożądane, są popełniane w wielu sferach życia społecznego i gospodarczego i zasługują na zdecydowaną krytykę nie tylko ze strony purystów językowych. W odniesieniu do sprawy rozpatrywanej skład orzekający stwierdza, że pomimo negatywnej oceny formy wskazanej wypowiedzi pisemnej wykonawcy, wynikającej zresztą ze wzory przygotowanego przez zamawiającego, treść tej wypowiedzi nie powinna budzić wątpliwości. Z uwzględnieniem oczywistego zamiaru wykonawcy, biorąc pod uwagę zasady wykładni oświadczenia woli wskazane w kodeksie cywilnym tj. z uwzględnieniem zwyczaju, zamiaru i celu podmiotu.

Przystępujący dokonał zmiany formularza pierwotnego, wskazując w wykropkowanym miejscu, w sposób jasny i czytelny, że oferuje 6-letni okres Gwarancji Jakości dla urządzeń. Warto przy tym zauważyć, że w treści formularza w miejscu przeznaczonym na wpisanie innego niż podstawowy, okresu gwarancji znajduje się sformułowanie „dłuższego niż w/w okresu”, a zatem nawiązanie do wyżej wymienionego okresu, jakim jest okres trzyletni. Można zatem zrozumieć intencje podmiotu, który nie wykreśla tej treści z obawy o ewentualny zarzut niedopuszczalnej ingerencji w formularz stanowiący treść swz i dokumentacji.

W świetle powyższego oraz mając na uwadze dokumenty zamówienia nie sposób podzielić poglądu Odwołującego, że treść pkt 5 Formularza oferty w brzmieniu: „(w przypadku zaoferowania dłuższego niż w/w okresu Gwarancji Jakości, należy wskazać jej długość ..... lat, licząc od daty wydania Świadectwa Wykonania)” jest jedynie instrukcją „stanowiącą uzupełnienie warunków określonych w dokumentach zamówienia”. Ww. treść stanowiła integralną część dokumentów zamówienia (Formularza oferty), a nie ich uzupełnienie, przez co, wypełnienie przez Wykonawcę wykropkowanego miejsca nadawało pkt 5 Formularza oferty nowe brzmienie, z którego wprost wynikało, jaki okres gwarancji oferuje Wykonawca. Gdyby owa treść stanowiła jedynie instrukcję wówczas nie zawierałaby wykropkowanego miejsca na wpisanie przez Wykonawcę okresu gwarancji. Co więcej, gdyby owa treść stanowiła jedynie instrukcję winna wówczas zawierać informację o wykreśleniu wpisanego przez Zamawiającego 3 letniego minimalnego okresu gwarancji i w to miejsce wskazania okresu oferowanego. Analizując Formularz oferty widać, że wszelkie postanowienia stanowiące instrukcję wypełnienia formularza zostały wyraźnie oznaczone. Wskazując na powyższe Izba stwierdza, że zarzut jest niezasadny, niezależnie od wyrażenia ubolewania nad nadmiernym swobodnym traktowaniem przez podmioty obrotu gospodarczego zasad języka polskiego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 st. 1 pkt 12 i 14 w zw. z art. 220 ust. 5 w zw. Z art. 98 ust. 5 i 6 ustawy „poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doraco, które przedłużyło

ważność wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą w czego konsekwencji oświadczenie Doraco o przedłużeniu terminu związania ofertą nie jest skuteczne, zauważyć należy, że w stanie faktycznym sprawy nie potwierdziło się twierdzenie, że termin ważności wadium był krótszy niż termin związania ofertą, jako że obydwa te terminy po przedłużeniu są tożsame i był to dzień 25 lipca 2022 r. Jest to okoliczność niesporna, natomiast jak wynika z uzasadnienia zarzutu, odwołujący kwestionuje nie termin lecz realność zabezpieczenia oferty przez wadium z uwagi na klauzule wskazujące na niemożność zgłoszenia roszczenia z gwarancji wadium w okresie późniejszym tj. po upływie terminu jego ważności. W tym względzie skład orzekający uznaje, że w rzeczywistości wykonawca podniósł taki właśnie zarzut i tak zostało to zrozumiane przez przeciwników odwołania z ostrożności odnoszących się do zarzutu.

W tym zakresie skład orzekający stwierdza, że podstawą rozstrzygnięcia wskazującego na niezasadność zarzutu jest art. 97 ust. 5 ustawy pzp. Nie widząc potrzeby multiplikowania argumentów, wskazać wystarczy na wyrok, w którym Sąd zamówień publicznych w sprawie XXIII Zs 13/22 z dnia 22 kwietnia 2022 r. utrzymującym w mocy wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3482/21 wskazał, że przepis art. 97 ust. 5 prawa zamówień publicznych ma charakter iuris cogentis, a więc nie można zgodzić się z argumentacją, iż ustawodawca pozostawił swobodę w kreowaniu wnoszenia wadium. Za takim stanowiskiem przemawia także wykładnia funkcjonalna art. 97 ust. 5 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że z założenia ustawodawca dążył do sytuacji, w której to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma być transparentne i równe dla wszystkich ubiegających o jego udzielenie. Stąd też uznanie, że pozostawiono zamawiającym pewnej swobody do kreowania dł. momentu wnoszenia wadium mogłoby rodzić m. in. hipotetyczną sytuację, w której to jeden z ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego miałby bardziej uprzywilejowaną sytuację od konkurentów startujących w tym samym postępowaniu. Sytuacja taka byłaby w ocenie Sądu niedopuszczalna i stojąca w sprzeczności z ratio legis. Sąd w ślad za stwierdzeniem Izby wskazał, że art. 97 ust. 5 p.z.p. określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadium powinna zachować ważność do końca terminu związania ofertą. W ocenie Sądu Zamówień Publicznych zamawiający odrzucając ofertę /.../ naruszył zasadę proporcjonalności wymienioną w dyrektywie 2014/24/UE, nakazującą zamawiającym obowiązek działania w sposób proporcjonalny. W ocenie Sądu zamawiający przeniósł na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą, czy naruszył zasadę proporcjonalności. Sąd wskazał nadto na zaistnienie przesłanek z art. 58 kc przy żądaniu gwarancji wadium o odmiennym terminie ważności niż termin związania ofertą.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....