

**Sygn. akt: KIO 530/21**

**WYROK**

**z dnia 25 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 marca 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r. **przez odwołującego:** Berger Bau Polska sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

**przy udziale przystępujących po stronie zamawiającego:**

- A. COLAS Polska Sp. z o. o. ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie
- B. SARIVO INFRASTRUKTURA sp. z o.o. ul. Christo Botewa 14, 30-798 Kraków

**orzeka**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Berger Bau Polska sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Berger Bau Polska sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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

### Odwołanie

Działając w imieniu i na rzecz Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Szczecińskiej 11, 54-517 Wrocław, KRS 0000133056, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo (w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych („nowe Pzp”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, wniesiono odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”) w zw. z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w przypadku, gdy Odwołujący w sposób prawidłowy wniósł wadium w postępowaniu i gwarancja wadialna Odwołującego w swej treści zawiera wszystkie przesłanki i okoliczności wynikające z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego,
- naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. poprzez zaniechanie wykładni treści gwarancji wadialnej uwzględniającej wskazane w jej treści okoliczności, przesłanki kryjące się za konkretnie wskazanymi numerami artykułów, które wprost odpowiadają okolicznościom, przesłankom kryjącym się za art. 46 ust 4a i ust. 5 ustawy Pzp,
- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp i w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp,
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do gwarancji wadialnej Odwołującego aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz Pzp

oraz nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej Odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

— unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego — poprzez odrzucenie jego oferty- możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego stanowiła dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”.

Dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego w tym postępowaniu wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Termin do wniesienia odwołania

Odwołujący dowiedział się o odrzuceniu oferty z pisma Zamawiającego w dniu 8 lutego 2021 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania został zachowany zgodnie z art. 515 nowego Pzp.

uzasadnienie odwołania

Stan faktyczny:

Zamawiający zgodnie z postanowieniami pkt 3 sekcji X SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby złożona przez nich oferta została zabezpieczona wadium, na następujących warunkach:

„ Wadium wnoszone w formie gwarancji i poręczeń musi spełniać następujące wymogi:

3.1 musi być wystawione na: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków;

3.2 musi zawierać w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie

Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp;

3.3 okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania ofertą. "

Odwołujący złożył ofertę, do której załączył gwarancję wadialną nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie. W treści w/w gwarancji czytamy:

„Na podstawie niniejszej gwarancji, stanowiącej zabezpieczenie określone w art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej „Ustawą”, Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Beneficjenta każdej kwoty do maksymalnej wysokości sumy gwarancyjnej po otrzymaniu oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty zawierającego oświadczenie, że żądana kwota jest należna i że zaistniało przynajmniej jedno z opisanych poniżej zdarzeń.

2. Roszczenie z tytułu niniejszej gwarancji powstaje gdy:

2.1 Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Ustawy lub art. 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 Ustawy 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.

2.2 Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2.3. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana

3. Gwarant zobowiązuje się zapłacić na rzecz Beneficjenta kwotę roszczenia, w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty wysłanego na adres siedziby Gwaranta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane

do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta i otrzymanego przez Gwaranta w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji.”

Zamawiający w dniu 8 lutego 2021 r. uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający uznał, że „wniesione wadium jest nieprawidłowe, gdyż z treści dokumentu nie wynika bezwarunkowa zapłata kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. (...) nie jest możliwe aby Zamawiający powołując się na treść przedłożonej gwarancji mógł się zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”.

W dniu 11 lutego 2021 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z wezwaniem do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Do tego pisma Odwołujący załączył oświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. dot. treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. Pismo Odwołującego pozostało do dnia wniesienia odwołania bez odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

Nie sposób zgodzić się z dokonaniem przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania wobec przedstawionych niżej argumentów.

Z treści uzasadnienia Zamawiającego dot. czynności odrzucenia oferty z dnia 8 lutego 2021 r. wynika, że Zamawiający w sposób pobieżny, powierzchowny dokonał oceny dokumentu gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. i nie dostrzegł, że wskazane w treści tej konkretnej gwarancji artykuły ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych opisują dokładnie te same okoliczności, przesłanki, które opisane są w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny treści dokumentu gwarancji wadialnej i błędnie przyjął, że: „nie jest możliwe aby Zamawiający powołując się na treść przedłożonej gwarancji mógł się zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”. Prawidłowa wykładnia treści gwarancji powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że gwarancja wadialna nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. w sposób prawidłowy zabezpiecza wniesienie wadium i Zamawiający powołując się na jej treść uzyska zaspokojenie roszczeń w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

W tym miejscu zauważyć należy, że Zamawiający dokonał oceny treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. w sposób sprzeczny z własnym założeniem wyrażonym wprost w treści uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego, a

polegającym na stwierdzeniu, że: „treść gwarancji ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać literalnego brzmienia art.46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, natomiast musi w swej treści obejmować wszystkie sytuacje uregulowane w tych przepisach”. Zatem idąc wskazanym powyżej tokiem rozumowania Zamawiającego, w przypadku, gdy treść gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. obejmuje wszystkie sytuacje uregulowane w przepisach art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. to Zamawiający powinien uznać, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy przez Odwołującego i jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zgodnie z komentarzem do art. 98 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, autorstwa Andzeli Gawrońskiej-Baran, Adama Wiktorowski, Pawła Wójcika: Zatrzymanie wadium pomimo zmiany redakcji przepisu wynikającej z odmiennej nomenklatury (nr artykułu) stosowanej w nowej ustawie Pzp następować będzie w tych samych okolicznościach co w przypadku dotychczasowego art. 46 ust. 4 a Pzp. W przypadku gdy wadium wniesiono w formie gwarancji, jego zatrzymanie następuje przez wystąpienie do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium”.

Zestawienie przesłanek do zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp z przesłankami do zatrzymania wadium opisanymi w art. 98 ust. 6 nowej ustawy Pzp prowadzi do jednoznacznych i oczywistych wniosków, mianowicie, że opisują one dokładnie te same sytuacje, okoliczności, przesłanki. Treść wskazanych przepisów nie budzi wątpliwości, jedyne co je różni to numeracja artykułów.

Zgodnie z komentarzem do ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Ireny Skubiszak- Kalinowskiej i Ewy Wiktorowskiej: „Dokument gwarancji nie musi zawierać literalnego powtórzenia przesłanek wskazanych w SIWZ lub przepisach Prawa zamówień publicznych (zob. wyr. KIO: z 17.08.2012 r., KIO 1655/12, LEK nr 1216075; z 13.03.2012 r., KIO 401/12, LEX nr 1129939; z 11.03.2011 r., KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, LEX nr 786298). Na potwierdzenie słuszności tego twierdzenia wskazuje się, że:

- Prawo zamówień publicznych nie zawiera w art. 45 ust. 6 pkt 3 i 4 szczególnych wymagań co do sposobu określenia w treści gwarancji bankowej zdarzenia uzasadniającego wystąpienie z żądaniem zapłaty kwoty wadium,
- wskazanie w art. 46 ust. 4a przesłanek zatrzymania wadium nie wprowadza dodatkowych, szczególnych wymagań co do treści gwarancji,

- przy ocenie dokumentu gwarancji nie można pomijać znaczenia, jakie nadaje temu dokumentowi oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołalnym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego kwoty wadium.

Podkreśla się, że istotne jest, aby w treści gwarancji nie było żadnych ograniczeń co do zdarzeń, których wystąpienie wyłączałoby możliwości żądania zapłaty wadium. Złożenie dokumentu, który nie zawiera literalnego brzmienia przesłanek ustawowych, czy też nie wymienia konkretnych przepisów, nie świadczy o tym, że jest on nieprawidłowy, a oferta nie jest zabezpieczona wadium”.

Zaprezentowane w przedmiotowym piśmie stanowisko Odwołującego potwierdza utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”). Dla przykładu Odwołujący wskazuje na orzeczenie KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygnaturze 709/19, gdzie Izba podaje: „Treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji co do zasady w treści dokumentu gwarancji nie muszą być wymienione wprost wszystkie przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., pod warunkiem, że z treści dokumentu gwarancji (np. poprzez bezpośrednie odwołanie się do ww. przepisów), da się wywieść, że obejmuje ona swoim zakresem wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. (...) Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę”.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 września 2018 r. w sprawie o sygnaturze 1674/18: „Nie ulega wątpliwości - co wielokrotnie zostało wyrażone w orzecznictwie Izby - iż w treści dokumentu gwarancji wadialnej nie muszą być wymienione wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ treść gwarancji może np. zawierać wyłącznie odwołanie się do tych przepisów, bez powtarzania ich treści, czy też ogólne odesłanie do okoliczności opisanych w ustawie Pzp (por. wyrok KIO z dnia 14 października 2014 r. sygn. akt KIO 2016/14, czy wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r. sygn. akt KIO 2227/13 i 2229/13). Treść gwarancji może zawierać też odmienne (od tych ustawowych) sformułowania. Jednakże każdorazowo, gwarancja wadialna, powinna swoim zakresem obejmować wszystkie przesłanki (okoliczności), o



których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Treść gwarancji powinna być tak sformułowana, aby także przy pomocy wykładni, można było ustalić w sposób nie budzący wątpliwości, iż obejmuje ona wszystkie przesłanki wyrażone w ww. przepisach. Nie budzi też wątpliwości, że gwarancja czy to bankowa, czy ubezpieczeniowa, może i podlega wykładni”.

Przenosząc powyższe rozważania KIO na grunt przedmiotowej sprawy, nie ulega wątpliwości, że z treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. wynika, iż obejmuje ona swoim zakresem wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, zatem załączona do oferty gwarancja wadialna jest prawidłowa. Odwołujący podkreśla, że treść gwarancji należy oceniać funkcjonalnie. Podstawa prawna jest tu kwestią wtórną, ponieważ kluczowe jest to, że w tym konkretnym przypadku oferta Odwołującego jest zabezpieczona tak, że Zamawiający ma pewność, że w danych okolicznościach faktycznych — takich jak opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, będzie mógł skutecznie żądać wypłaty wadium. Podsumowując powyższe, u podstaw o podjęciu przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie zachodzą przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, dlatego ta czynność Zamawiającego jest nieprawidłowa i narusza przepisy ustawy Pzp. Wskazana powyżej czynność odrzucenia oferty została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp w związku art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i jako taka nie może się ostać.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że sam wystawca gwarancji wadialnej Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. potwierdziła w oświadczeniu z dnia 10 lutego 2021 r., że wystawiona gwarancja w pełni odpowiada przesłankom i okolicznościom wynikającym z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Oświadczenie to zostało przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 11 lutego 2021 r. wraz z wezwaniem do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania.

Dowód:

— oświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. dot. treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał wykładni treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. poprzestając jedynie na jej literalnym odczycie, co jest sprzeczne z ustawą Pzp. Gwarancja wadialna zawiera oświadczenie

woli, które podlega ogólnym regułom wykładni wskazanym w art. 65 ust. 1 i 2 k.c. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroki o sygn. akt: KIO 150/12, KIO 54/2011, KIO 401/12, KIO 333/11, KIO 2593/17, KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13, KIO 765/13, KIO 784/13, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). W opinii Odwołującego, Zamawiający nie dokonał wykładni oświadczenia woli w myśl art. 65 k.c., a poprzestał wyłącznie na bezrefleksyjnym porównaniu tekstu gwarancji z tekstem SIWZ, bez uwzględnienia celu, okoliczności, skutków danego oświadczenia woli i tym samym naruszył art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący podnosi, że poinformowanie przez Zamawiającego o jego decyzji poprzez przekazanie lakonicznego uzasadnienia i powielenie treści art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP, a także przywołanie treści złożonej przez Wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej, należy uznać za niewystarczające. Jest to o tyle istotne, że to właśnie treść zawiadomienia i jego podstawy, mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia Wykonawcy realizacji jego praw w Postępowaniu, a także warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie sprostął obowiązkowi przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania, w tym zwłaszcza Zamawiający:

1. nie wyjaśnił, na jakiej podstawie doszedł do wniosku, że „wniesione wadium jest nieprawidłowe, gdyż z treści dokumentu nie wynika bezwarunkowa załata kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. (...) nie jest możliwe aby Zamawiający powołując się na treść przedłożonej gwarancji mógł się zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”
2. nie wykazał, że treść gwarancji bankowej w jakikolwiek sposób utrudnia lub całkowicie uniemożliwia Zamawiającemu zatrzymanie wadium;
3. nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień co do tego, że gwarancja bankowa złożona w Postępowaniu przez Odwołującego nie gwarantuje mu takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu;

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest nie tylko ogólnikowe i lakoniczne, ale zawiera również szereg nieścisłości. W uzasadnieniu Zamawiający przyznał wprost, że uznaje, iż „treść gwarancji ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać literalnego brzmienia art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, natomiast musi w swej treści obejmować wszystkie sytuacje uregulowane w tych przepisach”, natomiast dokonał oceny gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. załączonej do oferty przez Odwołującego w sposób przeciwny.

Powyżej opisane twierdzenia Odwołującego były przedmiotem rozważań KIO i zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 1 października 2019 r. w sprawie o sygnaturze 1810/19, gdzie Izba uznała wprost, że: „Wymagane w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podanie uzasadnienia faktycznego, po pierwsze, nie może ograniczać się do wyrażenia wątpliwości zamawiającego (w tym wypadku w zakresie istnienia formy pisemnej gwarancji), ale powinno zawierać wskazanie faktów i konkretnych argumentów udowadniających ziszczenie się przesłanki odrzucenia. Po drugie, uzasadnienie faktyczne nie może ograniczać się w przypadku przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp do przytoczenia postanowienia gwarancji wadialnej i konkluzji, że postanowienie to uniemożliwi zatrzymanie wadium. Konieczne jest przedstawienie przez zamawiającego sytuacji, w których zastosowanie kwestionowanego postanowienia rzeczywiście prowadzić będzie do utrudnienia lub zablokowania możliwości zatrzymania wadium. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp (nie tylko z pkt 7b) może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że zachodzi jedna z przesłanek odrzucenia. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jedynie domniemania, czy wątpliwości zamawiającego. Tym samym już sam "brak pewności" zamawiającego co do istnienia gwarancji w formie pisemnej, czyli brak wykazania powyższego przez zamawiającego, powoduje, że odrzucenie ofert należy uznać za niezasadne”.

Zasada równego traktowania określona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona kierowana przede wszystkim do Zamawiającego, który jako organizator postępowania powinien stać na jej straży, stwarzając wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość równego dostępu do uzyskania zamówienia publicznego. Jest także bezpośrednio związana z zasadą poszanowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. W konsekwencji powyższego zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do

gwarancji wadialnej Odwołującego aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz przepisach Pzp poprzez nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej Odwołującego i w sposób rażąco stanowi naruszenie zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący, wnosi o uwzględnienie odwołania.

## **ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. - zwanej dalej „nowa Pzp”) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), złożył odpowiedź na odwołanie złożone w dniu 17.02.2021 r. przez Odwołującego - Berger Bau Polska sp. z o.o. i wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Uwagi ogólne i tło sprawy:

18.12.2020 r. Zamawiający przesłał ogłoszenie o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, które następnie zostało opublikowane 23.12.2020 r. Również 23.12.2021 r. Zamawiający zamieścił opublikowane ogłoszenie o niniejszym zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego wraz z całością dokumentacji dotyczącej tego postępowania, tj. Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”) i z załącznikami stanowiącymi integralną część SIWZ.

Zgodnie z sekcją III pkt 2 SIWZ do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. — zwanej dalej „dawnym Pzp”).

Mając na względzie powyższe oraz ustosunkowując się do odwołania, Zamawiający wskazuje jak niżej:

Ad. 1

Oдноśnie do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 w zw. z art. 7 dawnego Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w przypadku, gdy Odwołujący w sposób prawidłowy wniósł wadium w postępowaniu i gwarancja wadialna Odwołującego w swej treści zawiera wszystkie przesłanki i okoliczności wynikające z art. 46 ust. 4a dawnego Pzp, w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający podtrzymuje w całości swoje rozstrzygnięcie w niniejszym zakresie i wyjaśnia jak niżej

Zgodnie z sekcją X pkt 3 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wadium wnoszone w formie gwarancji spełniało następujące wymagania:

3.1 „musi być wystawione na: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059

Kraków;

3.2 musi zawierać w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp;

3.3 okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania ofertą”

Natomiast z treści dokumentu o nazwie „gwarancja przetargowa zapłaty wadium” z 01.02.2021 r. (zwanego dalej „gwarancją wadialną”), przedłożonego Zamawiającemu przez Odwołującego wynika, że roszczenie z tytułu tej gwarancji wadialnej powstaje, gdy:

„2.1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Ustawy lub art. 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 Ustawy lub art. 106 ust. 7 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. 233 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

2.2. Wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2.3. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana”.

Powyższe niewątpliwie potwierdza, że przedłożona przez Odwołującego wraz z ofertą gwarancja wadialna nie zawiera w swej treści wymagań Zamawiającego, o których mowa w SIWZ. Brak jest w niej bowiem oświadczenia gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierającego oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4.a i 5 dawnego Pzp.

Odwołujący wskazuje w odwołaniu na merytoryczną tożsamość art. 46 ust. 4-a i 5 dawnego Pzp oraz art. 98 ust. 6 nowego Pzp. Na pierwszy rzut oka brzmienie art. 46 ust. 4a i 5 dawnego Pzp wydaje się być merytorycznie tożsame z art. 98 ust. 6 nowego Pzp, lecz podobieństwo to — zdaniem Zamawiającego — jest iluzoryczne.

Art. 46 ust. 4a i 5 dawnego Pzp brzmi:

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

7) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w

ofercie;

2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego "wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

Natomiast art. 98 ust. 6 nowego Pzp brzmi:

,6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, 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. 7, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej; 2) wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
  - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego "wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana."

Nowe Pzp posługuje się więc nieznanymi w stosunku do poprzedniego stanu prawnego pojęciami. Celem przykładu:

1. wprowadzono pojęcie „przedmiotowych środków dowodowych”;
2. wprowadzono sformułowanie odnoszące się do poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy w starym Pzp mowa była o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. wprowadzono pojęcie specyfikacji warunków zamówienia, brak jest zaś pojęcia specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. wprowadzono nowy katalog okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, tj. wprowadzono inne dokumenty lub oświadczenia, których niezłożenie skutkuje zatrzymaniem wadium;
5. nowy katalog dokumentów, o których mowa w art. 97 ust. 6 pkt 1 nowego Pzp, jest katalogiem otwartym, w przeciwieństwie do katalogu dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 3a dawnego Pzp, który jest katalogiem zamkniętym.

Tym samym przedstawione powyżej rozbieżności już na wstępie potwierdzają, że brak jest możliwości uznania, że przedłożona w toku postępowania gwarancja wadialna jest prawidłowa.

Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, że formułując wezwanie do Wykonawcy, ma obowiązek przywołać podstawę prawną, w oparciu o którą działa, jak również opisać stan faktyczny oraz przedstawić swoje oczekiwania lub żądania w tym zakresie. Dopiero na tak sformułowane wezwanie, w momencie, gdyby Wykonawca nie zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego, Zamawiający ma nie tylko możliwość, ale i obowiązek, zatrzymania przedłożonego mu zabezpieczenia - wadium.

Zatrzymanie wadium należy więc do bezwzględnych obowiązków nałożonych na Zamawiającego przez ustawodawcę, który nie wprowadził w tym względzie żadnej uznaniowości, w sytuacji gdy przepisy prawa tego wymagają.

W niniejszej sytuacji Zamawiający nie mógłby skorzystać z przedłożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej, skoro wezwania nigdy nie mógłby skierować do Odwołującego w oparciu o podstawę prawną, o której mowa w treści gwarancji wadialnej, bowiem przedmiotowe postępowanie nie jest prowadzone w oparciu o nowe Pzp.

Odnosząc się natomiast do dodatkowego oświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A., dotyczącego treści gwarancji wadialnej, które to oświadczenie przedłożył



Zamawiającemu Odwołujący, Zamawiający potwierdza, że 11.02.2021 r. otrzymał ww. oświadczenie, jednakże w ocenie Zamawiającego stanowi ono niedopuszczalne uzupełnienie gwarancji wadialnej. Na fakt ten wskazuje tak data sporządzenia tego oświadczenia, jak też jego treść. W tym stanie rzeczy oraz biorąc pod uwagę fakt, że gwarancji wadialnej nie można uzupełnić, jak też wyjaśnić w postępowaniu przetargowym, Zamawiający nie może przychylić się do twierdzeń Odwołującego, że ww. oświadczenie stanowi potwierdzenie treści gwarancji wadialnej i w tym znaczeniu winno być interpretowane. Z treści ww. oświadczenia jednoznacznie wynika, że jest to dodatkowe oświadczenie gwaranta dotyczące gwarancji wadialnej numer 50342.

Ponadto, analiza orzecznictwa, które ma zastosowanie w niniejszej sytuacji, jednoznacznie potwierdza, że gwarancji wadialnej wniesionej przez Odwołującego nie można uznać za prawidłową.

Dokument gwarancji obejmuje jednostronne oświadczenie woli Gwaranta, które dotyczy abstrakcyjnego zobowiązania niezależnego od umowy łączącej Gwaranta z podmiotem, który wnioskował o wystawienie gwarancji. Tym samym, (...), nie mają znaczenia i Zamawiający nie może badać okoliczności zawarcia umowy pomiędzy Gwarantem a podmiotem wnioskującym na podstawie, której później Gwarant składa zobowiązanie do zapłaty gwarancji. Ponadto (..) w celu ustalenia rzeczywistej woli Gwaranta, która w przedmiotowej sprawie stałaby w oczywistej sprzeczności z treścią Gwarancji, niezbędnym byłoby jej ustalenie w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, a ustawa Pzp nie przewiduje takiego trybu." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.12.2016, KIO 2332/16).

Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji." (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27.02.2019 r., XII Ga 555/18).

Gwarancja wadialna, jako oświadczenie jednostronne, kreuje po stronie gwaranta zobowiązanie tylko w zakresie zdarzeń i okoliczności określonych literalnie w treści tej gwarancji. Wskazanie w treści takiej gwarancji przepisów, które nie mają w ogóle zastosowania w niniejszej sprawie, do określenia treści zobowiązania gwaranta całkowicie taką gwarancję dyskwalifikuje. Wobec powyższego Zamawiający słusznie ocenił przedłożoną

wraz z ofertą gwarancją wadialną jako nieprawidłową oraz dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Podkreślenia wymaga poza tym fakt, że wszyscy pozostali uczestnicy postępowania przetargowego (łącznie 6 podmiotów) , z wyłączeniem Odwołującego, wnieśli wadium zgodnie z treścią SIWZ.

Ad. 2

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 dawnego Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. poprzez zaniechanie wykładni treści gwarancji wadialnej uwzględniającej wskazane w jej treści okoliczności, przesłanki kryjące się za konkretnie wskazanymi nr artykułów, które wprost odpowiadają okolicznościom, przesłankom kryjącym się za art. 46 ust 4a i ust. 5 dawnego Pzp — Zamawiający podtrzymuje w całości swoje rozstrzygnięcie w niniejszym zakresie i wyjaśnia jak niżej.

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, które wyraził w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego - tj. ważność wadium (gwarancji wadialnej) zależy od jego treści, a nie od przywołanych konkretnych przepisów. Treść gwarancji nie musi cytować brzmienia przepisu dawnego Pzp, wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów dawnego Pzp. W konsekwencji, co do zasady, w treści dokumentu gwarancji nie muszą być wymienione wprost wszystkie przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 dawnego Pzp, pod warunkiem, że z treści dokumentu gwarancji (np. poprzez bezpośrednie odwołanie się do ww. przepisów), da się wywieść, że obejmuje ona swoim zakresem wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 dawnego Pzp.

Powyższe powoduje, że niezależnie od formy (sposobu) określenia zobowiązania gwaranta, tożsamy musi być zakres tego zobowiązania, który obejmować ma wszystkie przypadki określone w art. 46 ust. 4a i 5 dawnego Pzp. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji (czy to bankowej, czy ubezpieczeniowej) konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności, w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej, dlatego też gwarancja wadialna musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium.

Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.

Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium.

Wobec powyższego, odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej konieczności dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej stosownie do art. 65 ust. 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 dawnego Pzp, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść złożonej gwarancji wadialnej jest jasna i czytelna oraz nie budzi wątpliwości, które nakazywałyby przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni.

Przede wszystkim oczywiste jest, że treść ta nie zawiera przesłanek zatrzymania wadium dawnego Pzp, lecz przesłanki zatrzymania wadium wynikające z nowego Pzp, co zresztą Odwołujący sam przyznaje. Po drugie, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie lub też inny zakres i znaczenie. Takie podejście Zamawiającego ma szczególne znaczenie w kontekście charakteru gwarancji wadialnej, która stanowi zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym, kreujące roszczenie dla beneficjenta w zakresie ściśle określonym w treści tego dokumentu. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji wadialnej o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Podmioty uczestniczące w stosunku gwarancji to profesjonaliści, szczególnie po stronie ubezpieczyciela należy przyjmować, że podmiot ten określa precyzyjnie zakres swojej odpowiedzialności i nie ma tu miejsca na późniejszą rozszerzającą wykładnię, a szczególnie wykładnię, że przez przepisy nowego PZP należy w istocie rozumieć przepisy starego Pzp. Abstrahując od tego, nie można stracić z pola widzenia, że odnośne przepisy dawnego i nowego PZP różnią się co do swojej treści (normy z nich wynikającej), co wykazano już powyżej (uzasadnienie Ad. 1).

Wobec powyższego zarzut ten należy uznać w ocenie Zamawiającego w całości za chybiony.

Ad. 3

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 dawnego PZP poprzez sporządzenie uzasadnienia do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do

poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 i w art. 89 ust. 1 pkt 7b dawnego Pzp.

Zamawiający podtrzymuje w całości swoje rozstrzygnięcie w niniejszym zakresie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego opisał stan faktyczny i prawny oraz podał konkretne powody odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający sprostował wymogom dawnego Pzp w tym zakresie. Powyższe potwierdza również fakt, że z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący nie zrozumiał podstawy odrzucenia jego oferty, a wręcz przeciwnie. Kwestionowane przez Odwołującego uzasadnienie — mając na uwadze okoliczności sprawy — w żadnym wypadku nie było lakoniczne ani ogólne.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 dawnego Pzp poprzez zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do gwarancji wadialnej Odwołującego, aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz Pzp oraz nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej Odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji Zamawiający podtrzymuje w całości swoje rozstrzygnięcie w niniejszym zakresie i uznaje ten zarzut za całkowicie chybiony.

Twierdzenie, jakoby Zamawiający zastosował wobec Odwołującego surowsze wymagania, aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz Pzp, jest całkowicie pozbawione racji i nie zostało nawet przez Odwołującego uzasadnione. Nie wiadomo jakie to konkretnie „surowsze” wymagania zarzuca Zamawiającemu Odwołujący. Wydaje się, że sformułowanie to jest tylko zabiegiem polemicznym czy erystycznym. Tak samo rzecz ma się, jeśli chodzi o zarzut naruszenia zasad konkurencji czy nierzetelnej oceny gwarancji wadialnej.

W przekonaniu Zamawiającego zasada równego traktowania nakazuje mu zachowanie jednakowego podejścia do wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących. Tak też właśnie postępował Zamawiający w niniejszej sprawie, działając rzetelnie i obiektywnie. Ocena gwarancji wadialnej Odwołującego opierała się na warunkach określonych w SIWZ i nastąpiła według reguł, jakie zastosowano wobec wszystkich wykonawców. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, to jego zachowanie naruszyłoby art. 7 ust. 1 dawnego Pzp, bowiem doszłoby do sytuacji, w której Odwołujący — który (co wymaga podkreślenia) jako jedyny złożył nieprawidłową gwarancję wadialną — zostałby potraktowany w sposób uprzywilejowany względem pozostałych wykonawców. Uprzywilejowanie Odwołującego polegałoby wówczas na tym, że pomimo, iż nie przedłożył on gwarancji wadialnej zgodnej z SIWZ, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Zamawiającego podejmowane przez niego czynności były prawidłowe i zgodne z prawem.

Stanowisko z dnia 22 lutego 2021r. przystępującego

SARIVO INFRASTRUKTURA sp. z o.o. ul. Christo Botewa 14; 30-798 Kraków

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „Budowę układu komunikacyjnego dla obsługi Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie — Prokocimiu — rozbudowa ul. Jakubowskiego”, Nr referencyjny: ZIM.ZP.262.2.29.2020, Ogłoszenie o zamówieniu: z dnia 23 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 250-623148.

na podstawie art. 525 Ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.) (dalej zwaną „Nowe PZP”) w zw. z art. 93 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 z późn. zm.):

- I. w związku z odwołaniem wniesionym przez Berger Bau Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwanym „Odwołującym”) zgłaszam przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- II. Przystępujący posiada interes w uzyskaniu orzeczenia na korzyść Zamawiającego, polegający na tym, że w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, Przystępujący jako wykonawca, który złożył drugą najkorzystniejszą ofertę, która nie podlegała odrzuceniu przez Zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania, Przystępującemu zostanie powierzona realizacja zadania objętego Postępowaniem. Przystępujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu przeciwnie niż Odwołujący, którego oferta została w sposób prawidłowy odrzucona przez Zamawiającego.
- III. wobec powyższego Przystępujący przyłącza się do zarzutów i wniosków Zamawiającego i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 08 lutego 2021 r. zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) (dalej zwaną „PZP”) z uwagi na to, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy złożył wadium w postępowaniu.

Zamawiający przeprowadził postępowanie na podstawie przepisów Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zgodnie z postanowieniem SIWZ w Sekcji III pkt 2 Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwana „SIWZ”), co było właściwe z uwagi na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed dniem 01 stycznia 2021 r. Zamawiający

zgodnie z postanowieniami Sekcji X SIWZ oraz zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu wymagał wniesienia wadium.

Wykonawca złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże Zamawiający uznał, że Przedmiotowa gwarancja jest złożona w sposób nieprawidłowy. Zgodnie z treścią Sekcji X pkt 3 ppkt 3.2. gwarancja powinna zawierać zapis, w którym gwarant zobowiązuje się do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP. Natomiast w gwarancji przetargowej zapłaty wadium nr 50342 złożonej wraz z ofertą Odwołującego znalazł się zapis:

„Na podstawie niniejszej gwarancji, stanowiącej zabezpieczenie określone w art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej „Ustawą” oraz roszczenie z tytułu niniejszej gwarancji powstaje, gdy:

2.1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Ustawy lub art. 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 Ustawy 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(...).

W związku z powyższym wniesione wadium zostało przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, niezgodny z postanowieniami SIWZ, gdyż z treści dokumentu nie wynika bezwarunkowa zapłata wadium na rzecz Zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP.

Odwołujący w odwołaniu podnosi, że przedmiotowa gwarancja została złożona w sposób prawidłowy z uwagi, na fakt, że prawidłowa wykładania treści gwarancji powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że gwarancja wadium nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. w sposób prawidłowy zabezpiecza wniesienie wadium i zamawiający powołując się na jej treść uzyska zaspokojenie roszczeń w przypadku zaistnienia którejkolwiek przesłanki określonych w art. 46 ust 4a i ust. 5 PZP.

Przystępujący nie zgadza się z argumentacją wskazaną przez Odwołującego w odwołaniu.

Należy wskazać przede wszystkim, że w przypadku, kiedy wadium wniesione przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym zostało wniesione w sposób nieprawidłowy to Zamawiający ma obowiązek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP odrzucić ofertę wykonawcy. Przepis art. 89 PZP nie wskazuje na fakultatywne przesłanki odrzucenia oferty

przez Zamawiającego tylko obligatoryjne w związku z tym, wystąpienie którejkolwiek z przesłanek wskazanych w ww. przepisie obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zgodnie z art. 70<sup>4</sup> § 1 k.c. w warunkach przetargu można zastrzec, że przystępujący do przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do niego, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Celem wniesienia wadium jest zatem zagwarantowanie zamawiającemu, aby wykonawca przez okres związania ofertą, wypełnił w stosunku do niego określone zobowiązania - na gruncie ustawy PZP, a konsekwencje ich niedopełnienia określa przepis art. 46 ust. 4a i 5 PZP wskazując na okoliczności, w których Zamawiający zatrzymuje wadium. Zatrzymanie wadium oznacza przejście wadium przez Zamawiającego na swoją rzecz. Jedną z dopuszczonych w art. 45 ust. 6 PZP form wadium stanowi gwarancja ubezpieczeniowa, a przepis art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy o działalności ubezpieczeniowej wśród czynności ubezpieczeniowych wymienia zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący wprowadził wniosek wadium, jednak dokonał tego w sposób nieprawidłowy. Wskazać należy, że za wadium wniesione w sposób prawidłowy należy uznać jedynie takie, które odpowiada pełnej treści SIWZ. Zamawiający w sekcji X pkt 3.2 przewidział, że wadium musi zawierać w swojej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. W związku z tym sytuacja ta nie wymagała odwołania się do zasad wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 kodeksu cywilnego, bowiem Odwołujący nie spełnił warunku SIWZ w powyższym zakresie. Jednocześnie uznać należy, że niedopuszczalna jest jakakolwiek dodatkowo wykładania gwaranta dot. treści gwarancji z uwagi na to, że nie ma ona żadnej mocy wiążącej, a za taką można uznać jedynie treści dokumentu gwarancji, który ma za zadanie wskazywać jasno i konkretnie warunki wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz Zamawiającego. Przystępujący zaznacza, że błędna treść gwarancji, w której Gwarant wskazuje jako podstawę wypłaty zapisy nowej ustawy PZP mogą prowadzić do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadku wystąpienia w postępowaniu przesłanek wypłaty wadium na podstawie przepisów PZP obowiązujących do dnia 31.12.2020 r., pomimo bezwarunkowości gwarancji, Ubezpieczyciel jako Gwarant mógłby uchylić się od takiej wypłaty, co w żaden sposób nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Jeżeli Odwołujący zdecydował się złożyć wadium w postaci gwarancji to powinna ona odpowiadać postanowieniom SIWZ z uwagi na fakt, że Zamawiający w innym przypadku nie mógłby dysponować tym zabezpieczeniem w sposób równy zabezpieczeniu wadium w formie pieniężnej i narażałby się na odmowę wypłaty sumy gwarancyjnej przez Gwaranta. Przyjęcie innej argumentacji oznaczałoby, że wykonawcy w

sposób zupełnie dowolny mogliby kształtować treść wadium zabezpieczającego ofertę, co pozostawałoby w sprzeczności z w art. 7 ust. 1 PZP zasadą równego traktowania wykonawców. Z powyższych względów należało uznać, że Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną wynikającą z treści art. 89 ust. 7b PZP do odrzucenia oferty Odwołującego.

Dodatkowo Przystępujący zaznacza, że złożona gwarancja przez Odwołującego nie spełnia również przesłanek zatrzymania wadium wskazanych

w sekcji X pkt 5 SIWZ, zgodnie z którym

„Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art.25 a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej oraz w przypadku, gdy zajdzie jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.”,

natomiast w treści pkt 2 przedmiotowej gwarancji wskazane jest

„Roszczenie z tytułu niniejszej gwarancji powstaje gdy:

2.1 Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Ustawy lub art. 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 Ustawy 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.

2.2 Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2.3. Zawarcie umowy w sprawie znowienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana”.



W związku z powyższym gwarancja zabezpieczenia wadium nie spełnia wymagań SIWZ. Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie sama wykładania oświadczenia woli gwaranta, na którą powołuje się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, jest bez znaczenia z uwagi na nieprawidłowość treści samej gwarancji, która jest niezgodna z SIWZ.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium a contrario, wskazać można, iż za prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza opisane w ustawie Interesy Zamawiającego. Inne formy wadium niż wadium pieniężne muszą dawać Zamawiającemu taką samą pewność co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje Zamawiającemu wadium pieniężne, a więc przelanie na wskazany przez Zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. Formy wadium wskazane w art. 45 ust. 6 PZP uznaje się za równoważne z wadium pieniężnym, tylko wtedy, gdy każda z nich daje Zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy na rachunek Zamawiającego. Natomiast w niniejszej sprawie treść gwarancji, która jest niezgodna z postanowieniami SIWZ takiej pewności w ocenie Przystępującego nie daje. Z obligacyjnego punktu widzenia wadium skutkuje w dwóch stosunkach prawnych: wielostronnym z założenia stosunku proceduralnym (przetargowym) oraz wykreowanym w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej dwustronnym stosunku umowy przedwstępnej. Odrębna regulacja wadium w prawie zamówień publicznych nie zmieniła jego znaczenia prawnego. Uzupełniająco trzeba zatem sięgnąć do unormowań przepisu art. 70<sup>4</sup> k.c. wskazujących na zabezpieczający, a zatem piętężno-obligacyjny charakter wadium oraz swoistą konsekwencję jego zaniedbania, w postaci niedopuszczenia do przetargu. Zasadnicza rola wadium sprowadza się do tego, aby wykonawca zawczasu został zmuszony do rozważenia i realistycznego ukształtowania swojej oferty tak, aby w jej przyjęciu liczył się z potrzebą zawarcia, a zatem wykonania, umowy na zaproponowanych warunkach.

Biorąc powyższe pod uwagę wnoszę o oddalenie odwołania z uwagi na fakt, że wniesione wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej było wniesione w sposób nieprawidłowy z uwagi na to, że jej treść uniemożliwiałaby zatrzymanie wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 PZP.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie odwołania i złożonych w toku postępowania odwoławczego pism stron i uczestnika, cytowanych powyżej w uzasadnieniu oraz dokumentów z dokumentacji przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, z których Izba przeprowadziła na rozprawie dowody w sprawie Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zarzuty odwołania sformułowano jak poniżej.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych dalej ustawa Pzp2004r. w zw. z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp2004r. w związku z art. 7 ustawy Pzp2004r. przez dokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący w sposób prawidłowy wniósł wadium w postępowaniu i gwarancja wadialna odwołującego w swej treści zawiera wszystkie przesłanki i okoliczności wynikające z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp2004r., w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia jego oferty,

- naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp2004r. w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. przez zaniechanie wykładni treści gwarancji wadialnej uwzględniającej wskazane w jej treści okoliczności, przesłanki kryjące się za konkretnie wskazanymi numerami artykułów, które wprost odpowiadają okolicznościom, przesłankom kryjącym się za art. 46 ust 4a i ust. 5 ustawy Pzp2004r.,

- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004r. przez sporządzenie uzasadnienia do czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp2004r. i w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp2004r.,

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004r. przez zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do gwarancji wadialnej odwołującego aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz Pzp oraz nierzetelną ocenę gwarancji wadialnej odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

— unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;

Co do interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący w złożonym odwołaniu powołał się na prawo do złożenia odwołania wynikające z doznania uszczerbku w jego interesach w związku z oczekiwaną realizacją zamówienia na rzecz zamawiającego i uzyskaniem z tego tytułu dochodów w tym zysku, w sytuacji gdy jego

oferta jest najkorzystniejszą dla zamawiającego, co Izba ustaliła a zamawiający temu nie zaprzeczył.

#### Termin do wniesienia odwołania

Odwołujący powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty z pisma zamawiającego z dnia 8 lutego 2021 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania został zachowany zgodnie z art. 515 ustawy Pzp2019r. (ustawa z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych – Dz.U. 2019r. poz.2019 z późn.zm.).

Bowiem zgodnie z treścią protokołu prowadzonego przez zamawiającego, jak i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) szacowana wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. 2004r. to jest kwotę 5.350.000 euro (Sekcja III Tryb udzielenia zamówienia– siwz). Postępowanie dotyczy robót budowlanych Budowa układu komunikacyjnego dla obsługi Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie-Prokocimiu- rozbudowa ul. Jakubowskiego (Sekcja IV Opis przedmiotu zamówienia– siwz).

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury tzw. odwróconej to jest zgodnej z art.24aa ustawy Pzp2004r.(sekcja III Tryb udzielenia zamówienia – siwz).

Rozstrzygany spór zaistniał w związku z czynnością zamawiającego z dnia 8 lutego 2021r., którą to zamawiający na podstawie art.89 ust.1 pkt 7 b ustawy Pzp2004r. odrzucił ofertę odwołującego z powodu wniesienia nieprawidłowego wadium w sytuacji wniesienia ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej przez odwołującego wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie dalej „gwaranta”.

Zgodnie z postanowieniami pkt 3 sekcji X SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby złożona przez nich oferta została zabezpieczona wadium, na następujących warunkach:

„ Wadium wnoszone w formie gwarancji i poręczeń musi spełniać następujące wymogi:

3.1 musi być wystawione na: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków;

3.2 musi zawierać w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp;

3.3 okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania ofertą. "

Odwołujący złożył ofertę, do której załączył gwarancję wadialną nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie. o następującej treści:

Na podstawie niniejszej gwarancji, stanowiącej zabezpieczenie określone w art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej „Ustawą”, Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Beneficjenta każdej kwoty do maksymalnej wysokości sumy gwarancyjnej po otrzymaniu oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty zawierającego oświadczenie, że żądana kwota jest należna i że zaistniało przynajmniej jedno z opisanych poniżej zdarzeń.

2. Roszczenie z tytułu niniejszej gwarancji powstaje gdy:

2.1 Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Ustawy lub art. 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 Ustawy 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.

2.2 Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2.3. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana

3. Gwarant zobowiązuje się zapłacić na rzecz Beneficjenta kwotę roszczenia, w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty wysłanego na adres siedziby Gwaranta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta i otrzymanego przez Gwaranta w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji.”

Zamawiający w piśmie skierowanym do wszystkich wykonawców z dnia 8 lutego 2021 r. powiadomił, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp2004r., ponieważ zamawiający uznał, że „wniesione wadium jest nieprawidłowe, gdyż z treści dokumentu nie wynika bezwarunkowa zapłata kwoty wadium w przypadku

zaistnienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. (...) nie jest możliwe aby zamawiający powołując się na treść przedłożonej gwarancji mógł się zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”.

Następnie w dniu 11 lutego 2021 r. odwołujący skierował do zamawiającego wezwanie do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i załączył oświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. odnoszące się do treści gwarancji wadialnej nr 50342 z dnia 1 lutego 2021 r., załączonej do oferty odwołującego.

Wobec braku reakcji zamawiającego na wezwanie odwołującego w dniu 18 lutego 2021r. wniesione zostało odwołanie.

Jak już Izba powyżej wskazała, podziela stanowisko odwołującego co do braku zasadności odrzucenia oferty odwołującego, jako nie zabezpieczonej wadium na czas związania ofertą.

Owszem zamawiający nie znalazł się w prostej, łatwej sytuacji otrzymując ofertę odwołującego zabezpieczoną przedłożoną gwarancją wadialną wystawioną przez firmę ubezpieczeniową Euler Hermes. Trudność sytuacji zamawiającego polega na tym, że gwarancja wadialna jest wystawiona z powołaniem się na bezwzględnie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa ale w reżimie ustawy Pzp 2019 roku. Natomiast przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w oparciu o ustawę Pzp2004r., a co jest bezsporne między stronami jak i wiążące dla Izby z racji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.2020/S 250-623148 w dniu 23 grudnia 2020 roku. Zresztą należy częściowo zgodzić się ze stanowiskiem dezaprobaty zamawiającego co do przedłożonego dokumentu gwarancji wadialnej, skoro zamawiający jednoznacznie wypowiedział się co do obowiązującego prawa, w tym w zakresie wadium. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powadzone jest w reżimie ustawy Pzp2004r. a zwłaszcza, że w sekcji X.pn. wymagania dotyczące wadium - siwz, zamawiający dał wytyczne wykonawcom co do reżimu prawnego wadium (art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp). Izba podziela negowanie przez zamawiającego prawidłowości co do treści złożonej gwarancji wadialnej ale tylko i wyłącznie na etapie metody formalistycznej oceny złożonej oferty przez odwołującego to jest w spornej gwarancji wadialnej. Można podzielać stanowisko zamawiającego wyrażone zarówno w decyzji z dnia 8 lutego 2021r. o odrzuceniu oferty odwołującego, jak i w odpowiedzi na odwołanie (zaprezentowanej powyżej w uzasadnieniu wyroku) jak i na rozprawie (protokół z rozprawy), ponieważ formalistycznie rozpatrując zarzuty odwołania trudno zaprzeczyć, że odwołujący przedstawił gwarancję wadialną w reżimie prawnym, który nie obowiązuje w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak już wyżej Izba ustaliła, postępowanie prowadzone jest w reżimie ustawy Pzp2004r, a gwarancja wadialna

wystawiona jest w reżimie ustawy Pzp2019rok. Stąd z punktu widzenia formalnego gwarancja wadialna wystawiona jest w innym reżimie prawnym ustawy Prawo zamówień publicznych niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone.

Niemniej Izba przy ocenie zasadności decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu gwarancji wadialnej wystawionej w innym reżimie prawnym/czasowym ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może ograniczyć się tylko do porządku formalnego. Tak więc nie tylko znaczenie ma ustalenie czy wystawiona gwarancja wadialna odpowiada zapisom/numerom artykułów obowiązującej ustawy Pzp w czasie prowadzonego postępowania zamówieniowego. Bowiem znaczenie ma również badanie merytoryczne/treściowe postanowień wystawionej gwarancji wadialnej, to jest czy przywołane postanowienia/artykuły z innej ustawy (ustawa Pzp2019r.) odpowiadają postanowieniom obowiązującej ustawy w prowadzonym postępowaniu (ustawa Pzp2004r.).

Do takiego badania i oceny gwarancji wadialnej zobowiązują zasady udzielania zamówień objęte art.7 ustawy Pzp2004r. o prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, które realizują się przez obowiązek zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z kryteriami oceny ofert, a na co powołuje się odwołujący w złożonym odwołaniu.

Zamawiający nie dokonał merytorycznej oceny gwarancji wadialnej podejmując czynność odrzucenia oferty odwołującego w trybie art.89 ust.1 pkt 7 b ustawy Pzp2004r. (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy). Zamawiający nie twierdzi, że wadium nie zostało wniesione tylko wniesione zostało w sposób nieprawidłowy (gwarancja wadialna przywołuje przepisy ustawy Pzp z 20019r. a nie z ustawy 2004r.). W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdza, że treść gwarancji nie musi zawierać literalnego brzmienia art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp2004r. Natomiast gwarancja wadialna musi obejmować w swej treści wszystkie sytuacje uregulowane w tych przepisach. Zamawiający uważa, że treść gwarancji wadialnej złożonej z ofertą odwołującego, która powołuje się na regulacje ustawy Pzp2019r., nie gwarantuje zaspokojenia w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp2004roku.

Z kolei odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego co do odrzucenia jego oferty, składa do zamawiającego przed wniesieniem odwołania, oświadczenie gwaranta ubezpieczeniowego Euler Hermes z dnia 10 lutego 2021roku stanowiące wyjaśnienie, a nie uzupełnienie, do oświadczenia gwarancyjnego z dnia 1 lutego2021r.(załączone do oferty odwołującego). Z treści oświadczenia wynika, że gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 1 lutego 2021r. obejmuje swym zakresem wszystkie przesłanki (okoliczności) dotyczące zatrzymania

wadium o których mowa w art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp2004r. Na zakończenie gwarant wadialny stwierdza, że niniejsze oświadczenie nie stanowi uzupełnienia gwarancji przetargowej zapłaty wadium załączonego do oferty (Oświadczenie z 10.02.2021r. w aktach sprawy).

Izba dokonując oceny złożonego oświadczenia z dnia 10.02.2021r. Euler Hermes nie znajduje podstaw do odmiennej kwalifikacji złożonego dokumentu jak tylko jako wyjaśnienie co do treści gwarancji wadialnej z dnia 01.02.2021r. załączonej do oferty odwołującego.

Izba dokonała porównania i oceny merytorycznej przesłanek i okoliczności zatrzymania wadium opisanych w art.98 ust.6 ustawy Pzp2019r. w związku z przywołanymi w niej dyspozycjami do art.107 ust.2 lub art.128 ust.1, art.57 lub 106 ust.1, art.125 ust.1 oraz art.223 ust.2 pkt 3, jak i wprost wymienionymi w art.98 ust.6 i stwierdza, że odpowiadają merytorycznie i treściowo przesłankom i okolicznościom zatrzymania wadium opisanym w art. 46 ust.4a w związku z dyspozycjami do art.26 ust.3 i ust.3a, art.25 ust.1, art.25 a ust.1, art.87 ust.2 pkt 3 i ust.5 art.46 ustawy Pzp 2004roku.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku.

Na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 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 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzone na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 23.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury vat do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

