



URZĄD GMINY BYSTRA-SIDZINA
34-235 Bystra Podhalańska 373
tel. 18 26 81 220 - 222
pow. suski
woj. małopolskie
(3)

Bystra Podhalańska, dnia 25 marca 2021 r.

Wykonawcy wg. rozdzielnika

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr RG.271.6.2020 na „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Bystra-Sidzina”.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 Ustawy pkt. 1 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm., dalej „Pzp”) Zamawiający zawiadamia, że unieważnia przedmiotowe postępowanie, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty. W wyniku analizy i badania złożonych ofert Zamawiający wykluczył dwóch wykonawców (art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp), uznając złożone oferty za odrzucone i odrzucił jedną ofertę (art. 89 ust. 1 pkt. 7b, art. 89 ust. 1 pkt. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp). Wobec czego wypełniła się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 30.12.2020 (Ogłoszenie nr 771807-N-2020 z dnia 30.12.2020 r) złożono trzy oferty (zgodnie z informacją z otwarcia ofert). W wyniku badania i oceny złożonych ofert ustalono wstępny ranking ofert (Pierwsze miejsce: Ekofirma Przemysław Gruszka, ul. Waryńskiego 18a, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski, drugie miejsce: JFC Polska, Karpin, ul. Białostocka 1, 05-252 Dąbrówka. Oferty EKODREN Naturalne Systemy Oczyszczania, 03-642 Warszawa, ul. Penelopy 17 nie oceniono, gdyż podlegała odrzuceniu) oraz wszczęto procedurę wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp.



W wyniku przeprowadzonego badania oferty Zamawiający uznał ofertę firmy **EKOFIRMA Przemysław Gruszka, ul. Waryńskiego 18A, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z zaistnieniem przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który mówi, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia aktualnych dokumentów. W wyniku analizy i badania przedłożonych dokumentów ustalono, że przedłożony raport z badań za zgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 posiada datę 29.01.2021 r. przy czym termin składania ofert upłynął w dniu 27.01.2021 r. Wskazany dokument nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (za KIO: „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1” należy również odnieść do terminu ich ważności zakreślonego wstecz, **uwzględniając przy tym termin składania ofert**”).

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia pełnego raportu z badań przydomowej oczyszczalni ścieków (PN-EN 12566-3+A2:2013) wykonanego wyłącznie przez jednostki notyfikowane, które zostały wymienione w wykazie dostępnym na stronie Komisji Europejskiej zgodnie z wykazem dostępnym na stronie <http://ec.europa.eu/>, **które potwierdzają stan nie później niż na dzień składania ofert. Stan spełnienia warunków udziału winien trwać nieprzerwanie od dnia składania ofert, co jest zgodne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz zgodne z kognicją Sądów Okręgowych. Ponadto wezwano Wykonawcę do przedłożenia deklaracji właściwości użytkowych, wystawianej na podstawie raportu z badań.**

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że oprócz ww. niezgodności stwierdził w przedłożonych raportach inne niezgodności.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przystał wyjaśnienia w dniu 08.03.2021 r. w załączeniu do których przedłożył raport z badań z dnia 15.07.2020 r.

W wyniku analizy przedłożonego raportu ustalono co następuje:



W treści raportu w pkt. ad. 4) tłumaczenia zawarta jest informacja, że badanie zostało wykonane na kompletnych próbkach badawczych – EKO Blok SBR 4, EKO Blok SBR 6, EKO Blok SBR 8, EKO Blok SBR 10, EKO Blok SBR 12, EKO Blok SBR 12, EKO Blok SBR 15, EKO Blok SBR 18, EKO Blok SBR 22, EKO Blok SBR 28, EKO Blok SBR 34, EKO Blok SBR 42 i EKO Blok SBR 50. Wskazano tam również zbiorniki EKO-HD, które zaoferował Wykonawca. Ustalono, że zbiorniki te nie przeszły pozytywnie badań na wodoszczelność. Odpowiednio EKO- HD 3,0 – kontrola po 30 min brak szczelności (zaliczono), EKO HD 4,0 – kontrola po 30 minutach brak szczelności, EKO Blok HD 5,0 – kontrola po 30 minutach brak szczelności, EKO Blok HD 15 – kontrola po 30 minutach brak szczelności i EKO HD 20 – kontrola po 30 minutach brak szczelności. Z treści powyższego raportu wynika jednoznacznie, że w wyniku badania nie potwierdzono szczelności zbiorników. **Wykonawca nie wykazał zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla oferowanych wyrobów budowlanych, gdyż nie posiadają szczelności, co stanowi o braku spełnienia wymagań postawionych w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp.**

Ponadto, w treści raportu z dnia 15.07.2020 r. w pkt. 2.6, 4 wodoszczelność wskazano, że podstawą badania wodoszczelności była norma „EN 12566-1:2000+a1:2003 art. 5.3.” Z kolei w pkt. 2.2. na napisano, że badanie było zgodne z „EN 12566-3:2005+a2.2013” co stanowi zatem o sprzeczności wewnętrznej treści raportu i wskazuje, że zaoferowane oczyszczalnie nie spełniają wymagań normy PN-EN 12566-3:2005+a2.2013.

Wykonawca nie wykazał zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla oferowanych wyrobów budowlanych, zgodnie z wymaganą normą PN-EN 12566-3:2005+a2.2013, co stanowi o braku spełnienia wymagań postawionych w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Wykonawca nie przedstawił ponadto deklaracji właściwości użytkowych.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia pełny raport miał potwierdzać min. wodoszczelność, czyli brak przecieków. Z treści raportu z dnia 15.07.2020 r. wynika, że zaoferowane oczyszczalnie przeciekają, tym samym nie spełniają warunku w zakresie wodoszczelności. Ponadto, odwołano się do innej, nieaktualnej normy (tj. zamiast EN 12566-3:2005+a2.2013 podano EN 12566-1:2000+a1:2003), co jest niezgodne z treścią siwz. Wobec powyższego ustalono, że zaoferowane oczyszczalnie nie spełniają wymagań postawionych w siwz a wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 25 ust. 1 pkt. 2 PZP.



Wykonawca podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. Z kolei na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, jaką to czynność Zamawiający zobowiązany był wykonać.

Zamawiający uznał ofertę firmy JFC Polska Sp. z o.o. Karpin, ul. Białostocka 1, 05-252 Dąbrówka i za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp w wyniku zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który mówi, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 09.03.2021 r. do złożenia aktualnych dokumentów. Wykonawca przedłożył w wymaganym terminie w odpowiedzi na wezwanie pakiet dokumentów.

W wyniku analizy i badania przedłożonych dokumentów ustalono, że przedłożony raport z badań za zgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności jest niezgodny z powołaną normą PN-EN 12566-3+A2:2013 oraz nie potwierdza zgodności oferty z zapisami dokumentacji projektowej, stwiorb i siwz:

- Z raportu nie wynika, jaką przepustowość nominalną posiadają poszczególne oferowane modele oczyszczalni i dla jakiej wielkości RLM są przeznaczone – brak odpowiednich informacji w raporcie – niezgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 odnośnie zawartości raportu.
- Błędnie wyliczona wartość nominalnego dobowego ładunku substancji organicznych, co stanowi niezgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 odnośnie zawartości raportu.
- Pkt. 2.6.3 – nie określono jaką metodą przeprowadzono badanie wodoszczelności. Ponadto przywołany pkt. 7.1 nie istnieje w normie PN-EN 12566-3+A2:2013, - co stanowi o niezgodności z powołaną normą.
- W raporcie brak informacji czy oferowane oczyszczalnie to SBR - brak potwierdzenia zgodności z odnośnymi zapisami dokumentacji projektowej.
- Brak informacji nt. panelu sterującego oraz programów oczyszczania - brak potwierdzenia spełnienia wymagań dokumentacji projektowej i STWiORB.



- Pkt. 2.6.4 – przedstawiona analiza zachowania konstrukcji (autor: Dermot O' Brien) nie jest opracowaniem wykonanym przez laboratorium notyfikowane. Treść opracowania nie wskazuje też, aby były to obliczenia producenta (które zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 mogą podlegać sprawdzeniu przez laboratorium notyfikowane). W opracowaniu nie podano, kto jest producentem oczyszczalni ścieków SC14. Brak podanych wymiarów analizowanej oczyszczalni – zamieszczone rysunki wskazują na brak zgodności z wymiarami oczyszczalni SC14 podanymi w pkt. 2.4.1 raportu. W opracowaniu nie podano normy, zgodnie z którą przeprowadzono analizę. - Opracowanie nie potwierdza zgodności metody analizy z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.
- Raport nie jest „pełny” – niezgodność z wymaganiami SIWZ (odnośna treść SIWZ była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego).
- Brak protokołów wskazanych w pkt. 4 raportu - nie wiadomo też jakich badań dotyczą ww. protokoły.
- Tabela nr 2 – średnia wartość parametru N-NH₄ obliczona dla przepływu nominalnego ścieków dopływających wynosi poniżej 22 mg/l – niezgodność z wymaganiami SIWZ.
- Tabela nr 3 - W tabeli nr 3 dla 50 % obciążenia:
 - parametr „SS” przyjmuje wartość 54 mg/l (> 50 mg/l) – niezgodność z SIWZ,
 - parametr „COD” przyjmuje wartość 220 mg/l (> 150 mg/l) – niezgodność z SIWZ,
 - parametr „BOD₅” przyjmuje wartość 100 mg/l (> 40 mg/l) – niezgodność z SIWZ.
- Ad. 2.6.3 – w oryginale zapis „no leak tightness (pass)” – zapis jest wewnętrznie sprzeczny, ponieważ oznacza „brak szczelności (wynik pomyślny)”. Jednocześnie w tłumaczeniu przysięgłym zapis ten brzmi: „nie było wycieków (wynik pomyślny)”.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę w dniu 18.03.2021 r. do przedłożenia raportu z badań przydomowych oczyszczalni ścieków. Jako że deklaracja właściwości użytkowych sporządzana jest na podstawie raportu z badań, Zamawiający skutecznie wezwał również do przedłożenia odnośnej deklaracji właściwości użytkowej, wyznaczając termin na uzupełnienia do 22.03.2021 r.

Zamawiający podkreśla, że obydwa wezwania zostały do wykonawcy skutecznie skierowane (zarówno pierwsze wezwanie, na które Wykonawca odpowiedział, jak również drugie, wysłane analogicznie, na które Wykonawca nie odpowiedział).



Do upływu wskazanego terminu Wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że nie mógł ponowić procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż jest co do zasady procedurą jednokrotną. W treści wezwania zawarto pełną argumentację braku spełnienia postawionych minimalnych wymagań względem raportu z badań, zgodnie z siwz.

Wobec powyższego ustalono, że zaoferowane oczyszczalnie nie spełniają wymagań postawionych w siwz a wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 25 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Wykonawca podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. Z kolei na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, jaką to czynność Zamawiający zobowiązany był wykonać.

Zamawiający odrzucił ofertę EKODREN Naturalne Systemy Oczyszczania, 03-642 Warszawa, ul. Penelopy 17, gdyż wadium nie zostało prawidłowo wniesione, co wypełniło przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp. Ponadto, oceniając wskazaną przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt. 7b stwierdzono, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 jako niezgodna z ustawą i art. 89 ust. 1 pkt. 8) Pzp jako nieważna na podstawie przepisów odrębnych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 7b) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Ponadto niezgodność z ustawą określona w art. 89 ust. 1 pkt. 1) dotyczy stanu faktycznego tj. gwarancja obejmuje przepisy innej Ustawy (obejmuje przepisy PZP2019 zamiast przepisów PZP 2004). Tym samym wypełnia się przesłanka niezgodności na podstawie przepisów odrębnych, gdyż do postępowania na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp stosuje się przepisy kodeksu cywilnego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 30.12.2020 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, wobec czego do postępowania zastosowanie mają przepisy Ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.). Zastosowanie w gwarancji ubezpieczeniowej wprost przepisów odnoszących się do ustawy innej, stanowi nieusuwalną niezgodność wskazanego dokumentu z dokumentami przedmiotowego postępowania.



Zgodnie z przepisami wprowadzającymi ustawę z dnia 11.09.2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) 1. Do postępowań niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. 2. Do konkursów, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, rozpoczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Oferty firm EKOFIRMA z Ostrowca Świętokrzyskiego oraz firmy JFC z Karpina zostały zabezpieczone wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, **których treści odnosiły się wprost do ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.). Dokumenty te nie budziły jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający przy tym wskazuje, że od Wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wymagał szczególnych wymagań. Wymagał tylko zabezpieczenia oferty wadium.**

Na marginesie można zauważyć, że z treści innych gwarancji ubezpieczeniowych, wystawianych również w 2021 roku przez inne towarzystwa ubezpieczeniowe, nie sposób stwierdzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, co do tego, na podstawie jakich przepisów prowadzone jest postępowanie. Jedynie oferta firmy Wykonawcy EKODREN z Warszawy uchybiła postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to o tyle istotne, że zapisy Zamawiającego nie budziły jakichkolwiek wątpliwości wśród innych Wykonawców. Zamawiający jasno i precyzyjnie określił w siwz, że postępowanie prowadzi na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych wg. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.).

Oferta firmy nr 3 tj. firmy EKODREN z Warszawy została zabezpieczona gwarancją ubezpieczeniową nr 908577085238 z dnia 14.01.2021 r. oraz aneksem, który wydłużał jej ważność (Wykonawca do oferty dołączył aneks nr 1 z dnia 19.01.2021 r.).

Przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium zawiera postanowienia odnoszące się **bezsposornie wprost do nowej, innej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2021 r. która weszła w życie z dniem 01.01.2021 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) oraz na podstawie, której nie prowadzono przedmiotowego postępowania.**

Dokument obejmuje przesłanki odnoszące się wprost do art. 107 ust. 2 Pzp, art. 128 ust. 1 Pzp, art. 57 Pzp, art. 106 Pzp, art. 125 ust. 1 Pzp, art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Są to zupełnie inne przesłanki zatrzymania wadium. Pomijając przesłanki wymienione tam literalnie, należy je rozpatrywać w znaczeniu takim, jak zostało to zapisane w



treści gwarancji, co jest zgodne z wykładnią i aktualną linią orzecniczą Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, zwrócić należy uwagę na kwestie zasadnicze, czyli między innymi:

- a) **Brak możliwości wyjaśniania dokumentu wadium przez Zamawiającego, w postaci innej niż pieniądz – Zamawiający nie miał możliwości zwrócenia się z wyjaśnieniami do wykonawcy, gdyż jest to zabronione, jak również mogło by to stanowić naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w tym w stosunku do innych wykonawców.**
- b) Dokument wadium musi dawać zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy –**odnośny dokument nie dawał pewności wypłaty,**
- c) Spełnienie wymogów ustawowych –**odnośny dokument sporządzony został w oparciu o inne przepisy, aniżeli te, na podstawie których prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.**

Podkreślić należy, że dwie z trzech ofert zostało zabezpieczone dokumentem gwarancji wadium w sposób prawidłowy i niebudzący wątpliwości. Zaznaczyć należy, że o tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zastrzeżone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie dochował należytej staranności, gdyż przedłożył wadium w sposób nieprawidłowy. Z treści odnośnej gwarancji ubezpieczeniowej nie sposób wywieść, że została złożona np. na podstawie przepisów dwóch ustaw. Zamawiający nie miał zatem możliwości skutecznego uznania ważności wadium, dlatego ofertę musiał obligatoryjnie odrzucić.



Gwarancja wadium nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu p.z.p., wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do p.z.p., **przywołanie w niej nie tych przepisów, które obowiązują w postępowaniu może otworzyć drogę do ich różnorodnej interpretacji co powoduje, że wadium nie jest nieodwołalne i nie jest bezwarunkowe a także może zostać swobodnie i bez większych trudności podważone.** Przeczy to zatem istocie wadium, tym samym nie zabezpiecza skutecznie oferty.

Zamawiający nie może mieć jakichkolwiek wątpliwości odnośnie wadium, gdyż jest to warunek o charakterze podstawowym dla uznania ważności złożonej oferty.

Obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty, jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie udziału w postępowaniu, **w tym również weryfikacja prawidłowości otrzymanej od gwaranta gwarancji wadium (dwóch z trzech wykonawców dopełniło tych formalności)**. W tym miejscu należy wskazać, że ustalenie podobnego zakresu przesłanek zatrzymania wadium nie może usprawiedliwiać możliwości uznania wadium w okolicznościach wskazanych w gwarancji za prawidłowo wniesione. Choć ogólne zasady nie uległy istotnym zmianom, to analizując szczegółowo np. katalog podstaw wykluczenia i odpowiadający mu katalog dokumentów jakich zamawiający mógł żądać na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w Pzp 2004 i **Pzp 2019 jest już znacząco inny i nie da się dla wszystkich podstaw i dokumentów znaleźć stosownych odpowiedników.** To z kolei implikuje zatem wątpliwość wniesionego wadium, dowodząc jego niezgodności z warunkami zamówienia ustalonymi w siwz. Nadmienić również należy, co nie jest przedmiotem uzasadnienia nieuznania wniesionego wadium, że w toku postępowania Wykonawca składał szereg pism i wniosków, w toku których powoływał się na różnorokie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, co świadczyć by mogło o tym, że jest nie wątpliwie podmiotem profesjonalnym, znającym przepisy PZP. Uwzględniając jednak fakt, że wadium wniesiono w sposób nieprawidłowy, należy stwierdzić, że wykonawca nie dopełnił zasadom profesjonalizmu w wymaganym zakresie, co spowodowało obligatoryjny obowiązek odrzucenia oferty z przyczyn wskazanych w niniejszym zawiadomieniu. Wykonawca powinien dochować profesjonalizmu na każdym etapie postępowania, czego nie uczynił.



"Tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.). **Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca).**

"Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach tego postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu."

W związku z powyższym złożone wadium nie może zostać uznane za prawidłowe, co kwantyfikuje obligatoryjny obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.). Ponadto niezgodność z ustawą określona w art. 89 ust. 1 pkt. 1) dotyczy stanu faktycznego tj. gwarancja obejmuje przepisy innej Ustawy (obejmuje przepisy PZP2019 zamiast przepisów PZP 2004). Tym samym wypełnia się również przesłanka niezgodności na podstawie przepisów odrębnych, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 8), gdyż do postępowania na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp stosuje się przepisy kodeksu cywilnego.

Pomijając zmianę terminologii stosowanej w ustawie z 2004 r. i w tej z 2019 r. (np. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp 2004, to nic innego jak podmiotowe lub przedmiotowe środki dowodowe czyli pojęcia stosowane w Pzp 2019) należy stwierdzić, że katalog dokumentów uchylonej ustawy był katalogiem zamkniętym, natomiast w nowej jest katalogiem otwartym poprzez użycie zwrotu „inne oświadczenia lub dokumenty”.

Obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty, **jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie udziału w postępowaniu, w tym również weryfikacja prawidłowości otrzymanej od gwaranta gwarancji wadialnej.** W tym miejscu należy wskazać, że ustalenie podobnego zakresu przesłanek zatrzymania wadium nie może usprawiedliwiać możliwości uznania wadium za prawidłowo wniesione. Choć zasadniczo ogólne zasady nie uległy istotnym zmianom, to analizując szczegółowo



np. katalog podstaw wykluczenia i odpowiadający mu katalog dokumentów jakich zamawiający mógł żądać na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w Pzp 2004 i Pzp 2019 jest już znacząco inny i nie da się dla wszystkich podstaw i dokumentów znaleźć stosownych odpowiedników.

"Podnieść przede wszystkim należy, na co zwracał uwagę przystępujący w swoim piśmie z dnia 27 grudnia 2016 r., że **"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"**.

Z tego względu, iż w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej mamy do czynienia, jak wskazano powyżej, z **"jednostronnym oświadczeniem woli Gwaranta, które dotyczy abstrakcyjnego zobowiązania niezależnego od umowy łączącej Gwaranta z podmiotem, który wnioskował o wystawienie gwarancji"** to właśnie wyłącznie oświadczenie woli Gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium wniesionego w tej formie."

Zamawiający ustalił, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy i nie zabezpieczało należycie złożonej oferty, co implikowało obowiązek Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Ponadto dla przedmiotowej niezgodności kwantyfikowały się przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1) i art. 89 ust. 1 pkt. 8) Pzp, stąd postanowiono jak w sentencji uzasadnienia.

Dziękujemy za udział w postępowaniu.


WÓJT
.....
Stanisław Tempka

Otrzymują:

1 x adresat

1 x a/a