



Nr sprawy: ZP/23/2022

Zegrze, 30 marzec 2022 r.

**Uczestnicy postępowania
o zamówienie
publiczne
wg rozdzielnika**

ZAWIADOMIENIE O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „**Zakup i dostawa tuszy, tonerów i innych materiałów eksploatacyjnych do sprzętu informatycznego w roku 2022 na podstawie wniosków rzeczowo-finansowych przesłanych przez Jednostki Wojskowe**”.

Zamawiający – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu działając na podst. art. 253 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) informuje, że po zbadaniu i ocenie ofert złożonych na wyżej wymienione postępowanie wybrał:

**NETPRINT SPÓŁKA CYWILNA
JERZY WASIELA, BARTOSZ SZOSTAK
UL. UNII EUROPEJSKIEJ 10
32-600 OŚWIĘCIM**

Cena brutto zaoferowana w ofercie wynosi: **886 451,16 zł.**

Termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia lub zamówienia częściowego: **1 dzień.**

Uzasadnienie wyboru oferty:

Podstawą prawną wyboru jest art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Wybrana oferta w postępowaniu uzyskała najwyższą liczbę punktów tj. 100 pkt, obliczonych zgodnie z kryteriami oceny opisanymi w SWZ, tj. w kryterium oceny ofert: cena oferty brutto - 80%; termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia lub zamówienia częściowego – 20%. Wykonawca został wezwany pismem z dnia 16.02.2022 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca za pośrednictwem Platformy zakupowej dostarczył w wyznaczonym terminie w/w środki dowodowe. Komisja przetargowa po przeprowadzonej analizie stwierdziła:

- a) raporty z testów wydajności są kompletne, wykonane przez laboratorium posiadające akredytację PCA i zgodne ze średnią wydajnością określoną normami: ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, 24712 i ISO/IEC 19798;

b) certyfikaty *ISO 9001* i *ISO 14001* przesłane przez oferenta są poprawne i aktualne na dzień składania;

c) oświadczenie producenta zamienników, t.j. firmy Office Support - bez uwag.

Wykonawca został wezwany pismem z dnia 24.02.2022r. do złożenia dokumentów na wezwanie, które dostarczył w wyznaczonym terminie.

W trakcie prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne jeden z wykonawców podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do asortymentu zaproponowanego przez Wykonawcę w pozycjach 238–242 arkusza asortymentowo-cenowego. Wprawdzie wskazany asortyment stanowi to około 2 % całości zamówienia, to w celu dogłębnego i wszechstronnego zbadania oferty uwzględniając również orzecznictwo KIO w tym zakresie, które wskazuje, że „Zgodnie z art. 224 Prawa zamówień publicznych badaniu podlega cena zaoferowana, a zatem może być to cena łączna oferty, ale mogą to być również ceny jednostkowe. Jeżeli w przypadku danego zamówienia rozliczenie wynagrodzenia będzie następowało według cen jednostkowych, to co do zasady uprawniało to i obligowało Zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia w kontekście art. 224 ust. 1 ww. ustawy.” (vide: wyrok KIO z dnia 11.08.2021 r. sygn. akt KIO 2003/21), Wykonawca pismem z dnia 03.03.2022 r. w oparciu o przepisy art. 224 ust. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny asortymentu ujętego w formularzu cenowym w pozycjach od 238-242. W dniu 04.03.2022 r. Wykonawca wyjaśnił i udowodnił zastosowanie cen przyjętych w formularzu cenowym. Wyjaśnienia te według Zamawiającego były rzetelne, wyczerpujące poparte dowodami uzasadniającymi podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Nadto, Komisja przeprowadziła rozeznanie cenowe, które potwierdziło realność zaproponowanych przez NETPRINT cen. Wskazać należy, że na rynku komercyjnym ceny kształtują się na podobnym poziomie, a nawet niższym niż propozycja Wykonawcy NETPRINT. W związku z tym Komisja uznała te wyjaśnienia za wystarczające i wyczerpujące.

Godzi się zauważyć, że ustawa Pzp, nie zawiera definicji „rażąco niskiej ceny”, o tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga Zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Tym samym nie można automatycznie przyjmować, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.”

Jak słusznie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub

wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Co do zasady zatem rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.” (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2021 r. sygn. KIO 1921/21).

Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09 oraz KIO sygn. akt KIO 3357/21).

Komisja, jak wskazano wyżej, dokonała rozeznania cen obowiązujących na rynku komercyjnym w zakresie wyszczególnionych w arkuszu asortymentowo cenowym materiałów, nie podejmowała decyzji jedynie w oparciu o materiał przesłany przez Wykonawcę NETPRINT. Ustaliła, że proponowane na rynku ceny w odniesieniu do wskazanych w formularzu cenowym w poz. 238-242 asortymentów są adekwatne do cen zaproponowanych przez Wykonawcę NETPRINT (wydruk z strony internetowej wyszukiwarki Ceneo). Przy ocenie zaproponowanych cen jednostkowych w odniesieniu do przedmiotowych produktów, potwierdzających ich realność i niestosowanie cen rażąco niskich a skalkulowanych na realnym możliwym do wykonania poziomie, jest fakt, że gdyby Wykonawca przyjął ceny wskazane w ofertach innych wykonawców to oferta Wykonawcy NETPRINT nadal stanowiłaby najlepszą ofertę.

Komisja dokonała również stosownych obliczeń w tym zakresie, podstawiając w miejsce zaproponowanych przez Wykonawcę NETPRINT w odniesieniu do produktów ujętych w poz. 238-242 formularza cenowego, ceny zaproponowanych przez innych Wykonawców: cena z oferty najdroższej - 1 331,25 zł. za szt. (40 szt. x 1 331,25 zł. = 53 250,00 zł. – kwota za asortyment z poz. 238-242), po dodaniu tej kwoty do ceny za całość zamówienia oferta Wykonawcy NETPRINT nadal pozostaje najlepszą. Symulacja ta jednoznacznie wskazała że przyjęcie takiego założenia pozwala uznać, że ceny ujęte w poz. 238-242 formularza asortymentowo cenowego, w ocenie Zamawiającego potwierdza, że zaproponowanie przez wykonawcę NETPRINT ceny w odniesieniu do tych produktów nie były nacechowane przyjęciem nierealnych cen zmierzających do uzyskania zamówienia, a jedynie zaproponowaniem cen realnych i funkcjonujących na rynku w odniesieniu do przedmiotowych produktów. W szczególności na fakt, że nie mają istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza „Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga Zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.” (Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2021 r. sygn. akt. KIO 1943/21).

Mając powyższe na uwadze Komisja nie miała podstaw do uznania, że cena ceny zaproponowane przez Wykonawcę NETPRINT są rażąco niskie, nie było też czynników

budzących wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, bowiem jak wskazano na rynku towary te proponowane są w analogicznych cenach (strony internetowe).

Poprawienie omyłek rachunkowych:

Komisja w toku badania ofert na podstawie art. 223 ust.2 pkt 2 w dniu 21.03.2022r. przekazała informację o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych Wykonawcy: GOLDEN LINE Sp. z o.o.l. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów oraz Wykonawcy MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz. Wykonawcy zapoznali się z treścią poprawek i nie wyrazili sprzeciwu wobec nich.

Poniżej ocena ofert:

$$\text{Liczba pkt} = \frac{\text{najniższa oferowana cena brutto}}{\text{oferowana cena oferty badanej}} \times 80\% \times 100$$

L. p.	Nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzenia działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców	Cena usługi brutto (zł) waga kryterium – 80%	Termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia lub zamówienia częściowego waga kryterium – 20 %	Łączna liczba punktów
1.	NETPRINT SPÓŁKACYWILNA ul. Unii Europejskiej 10 32-600 Oświęcim	886 451,16 zł. – 80 pkt	1 dzień – 20 pkt	100,00 pkt
2.	GOLDEN LINE Sp. z o.o. ul. Krakowska 150 35-506 Rzeszów	1 060 150,21 zł. – 66,89 pkt	1 dzień – 20 pkt	86,89 pkt
3.	P.W. MULTIKOM A.Papierski ul. Fabryczna 15 85-741 Bydgoszcz	1 208 447,39 – 58,68 pkt	2 dni – 10 pkt	68,68 pkt
4.	JMDATA Sp. z o.o. Sp. K ul. Zwolenńska 65a 04-761 Warszawa	Oferta odrzucona – nie podlega ocenie		

Termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia lub zamówienia częściowego:

- a) oferowany termin dostawy - 1 dzień roboczy – 20 pkt;
- b) oferowany termin dostawy - 2 dni robocze – 10 pkt;
- c) oferowany termin dostawy - 3 dni robocze – 1pkt.

Wykluczenie Wykonawcy: nie wykluczono Wykonawców.

Odrzucenie oferty: odrzucono ofertę Wykonawcy JMDATA Sp. z o.o. Sp. K, ul. Zwolenńska 65a, 04-761 Warszawa.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z postanowieniami rozdziału XVI Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) żądał, aby Wykonawcy przystępujący do przetargu wnieśli wadium w wysokości 13 000,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy złotych 00/100 groszy). Zamawiający dopuszczał wnieście wadium w jednej lub kilku formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

Wadium wnoszone w poręczeniach lub gwarancjach należało załączyć do oferty w oryginale w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu.

W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji/poręczenia, gwarancja/poręczenie Zamawiający wymagał, aby było sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy:

- nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (zamawiającego), gwaranta/poręczyciela oraz wskazanie ich siedzib. Beneficjentem wskazanym w gwarancji lub poręczeniu musi być Zamawiający,
- określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem, – kwotę gwarancji/poręczenia,
- termin ważności gwarancji/poręczenia,
- **zobowiązanie gwaranta, do zapłacenia kwoty gwarancji/poręczenia bezwarunkowo, na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, w sytuacjach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.**

W przypadku, gdy Wykonawca nie wniesie wadium lub wniesie je w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą bądź złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie składając ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która obowiązuje w okresie od dnia 14 lutego 2022 roku do 15 maja 2022 roku i **wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty sumy gwarancyjnej skierowane przez Zamawiającego do Gwaranta (TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń wzajemnych z siedzibą w Warszawie) nie zostanie doręczone Gwarantowi w podanym powyżej terminie (tj. do dnia 15 maja 2022 roku).**

Treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie prowadzi do konstatacji, iż żądanie zapłaty z gwarancji zgłoszone do Gwaranta po konkretnej dacie, tj. po dniu 15 maja 2022 roku pozbawia Zamawiającego możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie związania ofertą (tj. najpóźniej w dniu 14 maja 2022 roku). Wynika to bowiem z tych postanowień złożonej gwarancji ubezpieczeniowej, które faktycznie obligują Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu terminu związania ofertą (co teoretycznie mogłoby nastąpić do końca tego dnia), nie będzie możliwe zgłoszenie Gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Postanowienia gwarancji, w świetle których wygasa ona automatycznie i bezwarunkowo po upływie wskazanego terminu (tj. po dacie 15 maja 2022 roku) powodują, że wszelkie roszczenia Zamawiającego wobec Gwaranta stają się całkowicie bezskuteczne po tym dniu, tzn. Zamawiający nie będzie mógł skutecznie zgłosić tych roszczeń do Gwaranta i ich dochodzić.

Tak skonstruowane postanowienia gwarancji, w przypadku ziszczenia się zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium nawet w ostatnim dniu terminu związania ofertą, czyli w

dniu 14 maja 2022 roku (a tym bardziej na koniec tego dnia), uniemożliwiają Zamawiającemu zgłoszenie Gwarantowi żądania zapłaty wadium na warunkach wskazanych w gwarancji.

W tym miejscu wskazać należy, iż koniec terminu związania ofertą przypada na dzień 14 maja 2022 roku, który jest sobotą. Koniec terminu obowiązywania gwarancji przypada na dzień 15 maja 2022 roku, który jest niedzielą. Podkreślenia wymaga, iż w rozdziale I SWZ Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał, że urzęduje w dniach od poniedziałku do piątku i te dni uznaje za dni robocze. W tej sytuacji uznać należy, że nawet jeżeli przesłanka uzasadniająca zatrzymanie przez Zamawiającego wadium ziściłaby się w ostatnim dniu terminu związania ofertą (tj. w dniu 14 maja 2022 roku) to Zamawiający z technicznego punktu widzenia mógłby wystąpić do Gwaranta z żądaniem wypłaty sumy gwarancyjnej najwcześniej w dniu 16 maja 2022 roku tj. w poniedziałek, tj. po wygaśnięciu już gwarancji.

W tej sytuacji bez znaczenia pozostaje, iż JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie przedłużyła termin ważności gwarancji do dnia 15 maja 2022 roku bowiem nawet jeżeli zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium przez Zamawiającego wystąpiłoby w dniu 14 maja 2022 roku to Zamawiający nie miałby możliwości, aby sprostać wymaganiom gwarancji tj. dostarczyć do Gwaranta wezwanie do zapłaty sumy gwarancyjnej. Skierowanie **zaś przez** Zamawiającego wezwania do zapłaty sumy gwarancyjnej w dniu 16 maja 2022 roku tj. w poniedziałek będzie bezskuteczne biorąc pod uwagę postanowienia gwarancji, która **wygasza w przypadku gdy wezwanie do zapłaty nie wpłynie do Gwaranta w terminie do dnia 15 maja 2022 roku.**

Powyższy problem był przedmiotem analizy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 9 lipca 2020 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 952/20), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *innymi słowy (a co umknęło Zamawiającemu i Przystępującemu), jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 3 kwietnia 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, choćby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę formalności, które musi dopełnić Zamawiający (patrz pkt 4.1. powyżej), oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. Natomiast w tym przypadku gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 14-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in. złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty.*

W podobnym tonie wypowiadała się również Izba w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, w „*W ocenie Izby analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że w przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, tj. 7 października 2020 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Powyższe wprost wynika z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej („wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”). Innymi słowy, treść złożonej przez Konsorcjum Częstobud – Budopol gwarancji ubezpieczeniowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu*

ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji.”.

Należy więc stwierdzić, że wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w **istocie zawiera warunki, których Zamawiający musi dochować, aby móc z niej skorzystać, postanowienia te ponadto skracają** okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą.

Dodać należy, że Zamawiający nie był zobowiązany do uszczegóławiania wymagań co do wadium. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 maja 2017 r. sygn. akt 802/17 *„Zdaniem Izby takie uszczegółowienie nie jest niezbędne, gdyż wadium składane w każdej formie winno mieć taką samą płynność. Kodeksowe regulacje dot. umów w oparciu o które wadium jest udzielane winny doznawać pewnych ograniczeń po to, aby zamawiający w razie zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium, określonych w ustawie Pzp miał możliwość w każdej sytuacji zrealizować swoje prawo i obowiązek w tym zakresie. Nadto opierając się na ugruntowanych poglądach doktryny oraz linii orzeczniczej sądów i KIO stwierdzić należy i postanowienia ww. umów w zakresie wadium winny zawierać takie ustalenia, aby wadium wniesione w formie poręczenia, gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej miało taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Zdaniem Izby, zawarciu w umowach takich postanowień nie stoją na przeszkodzie kodeksowe regulacje w zakresie poszczególnych rodzajów umów. To nie rodzaj umowy, ale jej treść przesądza o prawidłowości wniesionego wadium.”* W wyroku tym Izba wskazuje na fakt, iż wadium wniesione w gwarancji winno w identyczny sposób zabezpieczać Zamawiającego jak wadium wniesione w gotówce *„Należy także podkreślić, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione. W tym aspekcie Izba aprobuje stanowisko Zamawiającego, iż podjęcie przez Zamawiającego wszystkich czynności niezbędnych do wystąpienia do Poręczyciela zajmie Zamawiającemu min 2- 3 dni. Przy postawionym warunku, że wszystkie czynności, związane z dochodzeniem wadium muszą być wykonane w terminie 60 dni, czyli okresie ważności poręczenia, należy przyjąć, że ustalone w oparciu o tą umowę poręczenia wadium nie daje możliwości jego zatrzymania w całym okresie jego obowiązywania. Trudno logicznie wywodzić, że jeśli zdarzenie mające skutkować zatrzymaniem wadium nastąpi np. w 59 dniu jego ważności o godz. 18,00 to Zamawiający będzie w stanie wykonać wszystkie wymagane czynności wobec wykonawcy i zdąży jeszcze przed północą w przepisanej formie, przesłać Poręczycielowi informacje o zatrzymaniu wadium ...”.*

Podkreślić także należy, że prawidłowo wniesione wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do końca upływu terminu, na jaki zostało ustanowione, **a ta forma ustanowienia wadium musi być tożsama z wadium w pieniądzu.**

Wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie polega na wprowadzeniu warunku dla Zamawiającego oraz ograniczeniu możliwości zaspokojenia swoich roszczeń w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej. Wskazać należy, że termin związania ofertą upływała w dniu 14 maja 2022 r. – sobota, dzień w którym Zamawiający nie urzęduje. Natomiast gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczało ofertę w okresie od dnia 14 lutego 2022 roku do dnia 15 maja 2022 roku – niedziela.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie ma prawnych możliwości do „przesunięcia” na dzień roboczy ostatniego dnia związania ofertą upływającego w dzień wolny od pracy, jak i terminu utraty gwarancji: *„Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z*

dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1415/16 i KIO 1428/16: „W ocenie Izby regulacja zawarta w art. 115 k.c. nie może znaleźć zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem nie jest on „terminem do wykonania czynności” wynikającym z art. 115 k.c. Analogicznie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, że „Upływ terminu związania ofertą nie wiąże się z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem nie ma powodów by przedłużyć go do dnia następnego, jeśli upływa on w niedzielę”. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, że końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 kc. Izba zwraca także uwagę, że termin końcowy gwarancji – tak jak podnosi się w orzecznictwie -to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego i, w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Zatem data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Regulacja z art. 115 kodeksu cywilnego nie ma – zdaniem Izby – zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem również ten termin nie jest „terminem do wykonania czynności” objętym hipotezą art. 115 k.c.”. (vide: wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2370/16).

W tym miejscu wskazać należy na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 3 listopada 2020 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2486/20, w którym Izba wskazała, że w „przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Wadium winno zabezpieczać interes zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione.” Wskazany wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie - V Wydział Gospodarczy z dnia 5 lutego 2021 roku wydanym w sprawie o sygn. akt V Ga 328/20.

Zamawiający zobowiązany jest do zbadania prawidłowości wniesienia wadium. Niezależnie od tego czy wadium zostało wniesione w pieniądzu, czy w jednej z form gwarancyjnych. Pierwszym krokiem jest weryfikacja wysokości wniesionego wadium oraz terminowości jego wniesienia. W przypadku wadium w formie dokumentu gwarancyjnego obowiązkowe jest również sprawdzenie, czy zakres odpowiedzialności gwaranta nie został zawężony w stosunku do wymagań art. 98 ust. 6 Pzp. Zamawiający musi również zwrócić uwagę na realność zabezpieczenia i zbadać, czy w treści dokumentu wadialnego nie wprowadzono ograniczeń. Zawężenie odpowiedzialności skutkuje odrzuceniem oferty.

Uwzględniając powyższe wniesione przez JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie wadium w postaci, gwarancji nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego umożliwiających mu zaspokojenie roszczeń z gwarancji w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu terminu związania ofertą, tym samym na podstawie

art.226 ust. 1 pkt 14 Pzp oferta JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie musi zostać odrzucona.

Uzasadnieni prawne:

Zamawiający zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 14, proponuje odrzucić ofertę.

Wykonawcom, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, przysługują środki ochrony prawnej na zasadach przewidzianych w rozdziale IX ustawy Pzp (art. 505-590).

Umowa w sprawie przedmiotowego postępowania może zostać zawarta zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, w terminie **nie krótszym niż 10 dni** od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. dnia **12.04.2022r.**

KOMENDANT
26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego

plk Janusz NOWAKOWICZ

Rozdzielnik:

1. Netprint Spółka Cywilna, Jerzy Wasiela, Bartosz Szostak, ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim, e-mail: o.poludniak@netprint.com.pl;
2. Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów, e-mail: zp@golden-line.eu;
3. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Multikom Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz, e-mail: przetargi@multikom.pl;
4. JM DATA Sp. z o.o. Sp. K, ul. Zwoleńska 65a, 04-761 Warszawa, e-mail: przetargi@jmdata.pl