

Sygn. akt: KIO 1492/23
Sygn. akt: KIO 1527/23

WYROK
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. R. P.H.U. "ROB-BUD" z siedzibą w Warszawie; S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TEL-BUD S. B. z siedzibą w Warszawie** (sprawa o sygn. akt KIO 1492/23)
- B. w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku; EKOINBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (sprawa o sygn. akt KIO 1527/23)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Żyrardów**

przy udziale wykonawcy **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1492/23 oraz KIO 1527/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała oba odwołania;
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. R. P.H.U. "ROB-**

BUD" z siedzibą w Warszawie; S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TEL-BUD S. B. z siedzibą w Warszawie (sprawa o sygn. akt KIO 1492/23) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Budowlana EKOINBUD

Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku; EKOINBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sprawa o sygn. akt KIO 1527/23), i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1492/23 i KIO 1527/23;
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. R. P.H.U. "ROB-BUD" z siedzibą w Warszawie; S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TEL-BUD S. B. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Żyrardów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 1492/23);
- 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku; EKOINBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego Miasta Żyrardów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 1527/23).

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 1492/23
Sygn. akt: KIO 1527/23

UZASADNIENIE

Miasto Żyrardów (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 3 w Żyrardowie; znak sprawy ZP.271.2.18.2023.MP - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2023 r. pod nr 2023/BZP 00135083/01.

W dniu 28 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. R. P.H.U. "ROB-BUD" z siedzibą w Warszawie; S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TEL-BUD S. B. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący 1”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (dalej „Grupa Ekoenergia” lub „przystępujący”) w sytuacji, gdy oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz braku odrzucenia oferty Grupa Ekoenergia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp (sprawa o sygn. akt KIO 1492/23).

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Grupa Ekoenergia mimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy w zakresie, w jakim zakłada powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcom;
2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie przez zamawiającego wykonawcy Grupa Ekoenergia do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy w ww. zakresie nie budziła wątpliwości i wynikało z niej, że zamierza podzleczyć podwykonawcom wykonanie całości zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, w związku tym, że jest sprzeczna z ustawą Pzp, bowiem przewiduje realizację zamówienia w całości przez podwykonawców, ewentualnie mającej na celu obejście przepisów tej ustawy dotyczących braku możliwości powierzania podwykonawcom realizacji całości zamówienia, czy też obejście przepisu zobowiązującego do udzielenia zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami.

Podnosząc powyższe odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty Grupa Energia jako najkorzystniejszej w postępowaniu; powtórnego badania i oceny złożonych ofert; odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący 1, na potwierdzenie swoich zarzutów, wskazał na następującą argumentację.

Podnosił, że z treści oferty złożonej przez Grupa Ekoenergia wynika, że całość zamówienia wykonawca ten będzie wykonywał przy pomocy podwykonawców. Oferta zawierała informację, że nw. części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom, nieznanym na etapie składania oferty: prace projektowe; prace z branży budowlanej i konstrukcyjnej; prace z branży sanitarnej; prace z branży elektrycznej; zagospodarowanie terenu. W dalszej części odwołujący 1 wskazywał, że zamówienie obejmuje wykonanie prac projektowych i robót budowlanych, związanych z rozbudową istniejącego budynku Szkoły Podstawowej nr 3 z Oddziałami Integracyjnymi im. Stanisława Staszica w Żyrardowie, opisując zakres prac, które będzie zobowiązany wykonać wybrany w postępowaniu wykonawca.

Przypomniał także, że pismem z 19 maja 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Grupa Ekoenergia, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu robót, jaki ww. wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Przystępujący odpowiedział na wezwanie i wskazał, że zamierza zlecić tylko część zadania podwykonawcom oraz, że wykona samodzielnie: przyłączy wodno-kanalizacyjne, instalację wodno-kanalizacyjną, instalację centralnego ogrzewania.

W ocenie odwołującego 1, wskazany powyżej zakres prac nie przekracza 4% wartości całego zamówienia, przy czym zaznaczył, że ocena odnosi się do wartości tych prac, gdyby wykonywał je odwołujący 1, w relacji do całkowitych kosztów wykonania przez

niego zamówienia. Sprecyzował, że wartość ww. prac została wyceniona następująco: koszt wykonania przyłącza wodno-kanalizacyjnego - ok. 170 000 zł; koszt wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej - ok. 100 000 zł; koszt wykonania instalację centralnego ogrzewania - ok. 390 000 zł. Cena oferty wybranego wykonawcy: 16 609 607,24 zł., zaś cena oferty odwołującego 1: 17 220 000,00 zł.

Zdaniem odwołującego 1 w tej sytuacji, rolę wykonawcy Grupa Ekoenergia można określić jako praktycznie koordynatora realizacji zamówienia, z symbolicznym udziałem w jego realizacji. Prace wskazane przez tego wykonawcę, w kontekście całości zamówienia, są drobnymi, pomocniczymi pracami budowlanymi. Oznacza to, że de facto całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami podwykonawców. Nie sposób bowiem uznać, że zlecenie wykonania 96% zamówienia, jest zleceniem wykonania „części zamówienia”, jak stanowi przepis. Oświadczenie złożone przez przystępującego można zakwalifikować jako czynność pozorną, mającą na celu obejście ustawy Pzp, tj. przepisów zabraniających powierzenie całości zadania podwykonawcom. Czynność taka jest nieważna na mocy art. 58 §1 kodeksu cywilnego.

Odwołujący 1 zakwestionował także możliwość prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Grupa Ekoenergia w zakresie złożonej oferty i w efekcie, zmianę treści jego oferty. W ocenie odwołującego 1 treść oświadczenia zawartego w piśmie z 22 maja 2023 r. nie powinna wywoływać skutków prawnych, a stan faktyczny jest taki, że całość zamówienia zostanie wykonana przez podwykonawców.

Odwołujący 1 przywoływał poglądy prezentowane w doktrynie oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych stwierdzając, że za ugruntowany należy uznać pogląd o zakazie podzlecenia całości zamówienia przez wykonawcę. Zgodnie z tym stanowiskiem prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest następująca: wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie będzie natomiast możliwe, gdy zamawiający zgodnie z art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań, dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę - wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Odmienna interpretacja art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest

nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu (tak Józef Edmund Nowicki, <https://www.wprzetargach.pl/kategorie/podwykonawcy-2019/powierzenie-wykonania-calosci-zamowienia-podwykonawcy-czy-sa-jeszcze-watpliwosci>). Taka interpretacja jest prezentowana również w orzecznictwie (tak np. w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21; Wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3459/20; Wyroku KIO z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 299/20).

Odwołujący 1 zaznaczył ponadto, że użycie w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenia: wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy nie oznacza, że z przepisu tego można wyprowadzić wniosek o niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy, natomiast możliwe jest powierzenie wykonania całości zamówienia dwóm i więcej podwykonawcom. Taka sytuacja byłaby niezgodna z zasadą udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp). Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp (tak też orzekła Izba w Wyroku z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 539/23).

Odwołujący 1 argumentował dalej, że w zaskarżonym postępowaniu zamawiający bezprawnie wezwał Grupę Ekoenergia do złożenia wyjaśnień w zakresie nie budzącej wątpliwości interpretacyjnych tabeli, zawierającej zestawienie prac, które oferent zamierza powierzyć podwykonawcom. Z tabeli tej w jego ocenie wynikało, że Grupa Ekoenergia zamierza zlecić 100% zamówienia podwykonawcom. Zamawiający dodatkowo bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia oferenta, które stanowiły zmianę treści oferty. Takie działanie zamawiającego jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

Z ostrożności procesowej wskazał, że zmiana, której dokonał przystępujący w treści złożonej oferty, jest zmianą pozorną. Część prac, które zgodnie ze złożonym oświadczeniem, ma wykonać ww. wykonawca, tj. przyłącza i instalacja wod-kan. oraz instalacja c.o. stanowi ok. 4% wartości przedmiotu zamówienia. W tym stanie nawet przyjęcie ww. wyjaśnień nie zmienia adekwatności powołanych powyżej orzeczeń oraz wykładni art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. Część zamówienia, która ma zostać wykonana przez wykonawcę osobiście, stanowią drobne prace budowlane w stosunku do całości zadania. Treść oferty, nawet w zmodyfikowanej wersji wskazuje, że wykonawca będzie jedynie koordynatorem prowadzonych prac, a nie ich faktycznym wykonawcą. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący 1 przywołał wyroki KIO: z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt KIO 862/18; KIO 1794/18, KIO 1816/18; KIO 299/20. Niemniej jednak odwołujący 1

podkreślił, że stoi na stanowisku, że w niniejszym przypadku zakres prac mających zostać wykonanych za pomocą podwykonawców wyczerpuje de facto całość zamówienia publicznego.

Swoje odwołanie w postępowaniu wnieśli także w dniu 29 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku; EKOINBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (dalej „Konsorcjum Ekoinbud” lub „odwołujący 2”), wobec czynności zamawiającego podjętej w niniejszym postępowaniu a polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego 2, która to spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu jak i była zabezpieczona wadium, także w przedłużonym terminie związania ofertą (sprawa o sygn. akt KIO 1527/23).

Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego 2 z powodu nie wniesienia wadium w sposób prawidłowy;
2. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji co doprowadziło również do naruszenia zasady efektywności poprzez wybór oferty, która naraziła finanse publiczne na nadmierny wydatek;
3. art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji pominięcie oferty odwołującego 2 wśród ofert podlegających ocenie, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna zostać za taką uznana.

W związku z powyższym, odwołujący 2 wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego 2; dokonania ponownej oceny ofert; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty odwołującego 2.

Podnosząc powyższe, odwołujący 2 w pierwszej kolejności wskazał, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający w dniu 21 kwietnia 2023 r. wezwał podmioty ubiegające się o realizację inwestycji, będącej przedmiotem postępowania, o przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni tj. do dnia 3 czerwca 2023 r., ze względu na przedłużanie się postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 27 kwietnia 2023 r. odwołujący 2 odpowiedział na wezwanie zamawiającego, przedkładając oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą, w którym to omyłkowo wskazał, iż wyraża zgodę

na przedłużenie związania ofertą do dnia 3 maja 2023 r., jednocześnie załączając aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej z dnia 4 kwietnia 2023 r. (zwana dalej: „Gwarancją”), z której wynikało, że Gwarancja pozostaje w mocy do dnia 3 czerwca 2023 r., czyli do dnia do jakiego zamawiający żądał jej przedłużenia.

Jednocześnie w dniu 28 kwietnia 2023 r. odwołujący 2 kontaktował się z zamawiającym, aby uzyskać zapewnienie, że złożona przez niego oferta wciąż bierze udział w postępowaniu i, że wymagane dokumenty zostały skutecznie złożone. W przedmiotowej rozmowie zamawiający zapewnił, że złożona przez niego oferta jest ważna, a dokumenty przedłużające okres związania ofertą zostały złożone skutecznie. W dniu 4 maja 2023 r. zamawiający skontaktował się z odwołującym 2, w celu sprostowania rozbieżności co do terminu związania ofertą, jaka została wysłana do zamawiającego. Zamawiający zwrócił odwołującemu 2 uwagę, że gwarancja wadialna ma prawidłową datę, ale w oświadczeniu jest literówka (jest 3 maja, a powinno być 3 czerwca). Zamawiający nie zgłosił żadnych uwag ani wątpliwości do przekazanego aneksu do gwarancji wadialnej.

Dalej Konsorcjum Ekoinbud argumentowało, że chcąc uczestniczyć w postępowaniu, w związku z uwagą zamawiającego, złożyło ponowne oświadczenie o związaniu ofertą, ze wskazaniem prawidłowego terminu tj. 3 czerwca 2023 r. Okoliczności te zostały stwierdzone w notatce Ł. G. - Dyrektora Sprzedaży, którą załączył do odwołania. Odwołujący 2 nie miał żadnego sygnału, aby przesłany przez niego plik z aneksem do gwarancji wadialnej był nieprawidłowy i obarczony techniczną omyłką, złożył dokumenty żądane przez zamawiającego jako ten podmiot, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Dopiero z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty dowiedział się, że plik doręczony zamawiającemu miał błąd techniczny.

Dalej odwołujący 2 wyjaśnił, że przesłał do zamawiającego oryginał otrzymanej przez siebie Gwarancji, jednakże ze względu na problemy z odszyfrowaniem, doszło do zmiany rozszerzenia pliku, w jakim odwołujący 2 otrzymał Gwarancję od swojego gwaranta. W procesie odszyfrowywania pliku i zapisywania pliku na dysku doszło do jego zapisania tylko z odwzorowaniem podpisu. Podkreślił jednak, że sama Gwarancja cały czas była i jest ważna, obowiązywała w okresie przedłużonego związania ofertą i nie doszło do jej wygaśnięcia przez cały okres trwania postępowania, a co za tym idzie nie ziściła się przesłanka zezwalająca na odrzucenie jego oferty. Oferta była przez cały czas zabezpieczona wadium.

Ponadto zauważył, że gdyby podczas postępowania zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości pliku aneksu do Gwarancji złożonego przez niego, to mógł wskazać na to podczas rozmowy, jaka miała miejsce w dniu 4 maja 2023 r. Odwołujący 2

posiadał prawidłowy plik i po ogłoszeniu wyników postępowania przekazał go zamawiającemu. Gdyby zamawiający powiadomił odwołującego 2 o zaistniałym problemie, wynikającym wyłącznie z błędu natury technicznej wtedy, gdy zwrócił odwołującemu 2 na konieczność poprawienia terminu związania ofertą w oświadczeniu, to odwołujący 2 niezwłocznie omyłkę tę by uzupełnił. W przesłanym aneksie do Gwarancji była informacja o tym, że została ona podpisana (ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz daty podpisu). Jednocześnie fakt, że oferta jest na dalszy okres zabezpieczona wadium, zamawiający mógł również zweryfikować bezpośrednio u gwaranta.

W dalszej części odwołujący 2 zaznaczył, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest zobowiązany do dbania o prawidłowość prowadzonego przez siebie postępowania i osiągnięcie jego celów określonych w art. 17 ustawy Pzp. Ratio legis przepisów o wadium ma służyć zabezpieczeniu zamawiającego przed składaniem ofert nierzetelnych, wpływać dyscyplinująco na wykonawców w czasie procesu ubiegania się o udzielenie zamówienia powodując, że oferty złożą jedynie podmioty, które swój udział w postępowaniu traktują w sposób poważny i przemyślany. W przypadku, gdy jednak tak nie jest, zamawiający może w okolicznościach ustawowych zatrzymać wadium i w pewnym sensie ukarać takiego wykonawcę. W ten sposób roszczenia zamawiającego są zaspokajane natychmiast, bez konieczności wchodzenia na drogę długotrwałego sporu sądowego lub innego o podobnym charakterze, dlatego też przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp nie może być stosowana bezrefleksyjnie, ale z uwzględnieniem wyżej opisanego kontekstu i celu, w jakim wnosi się wadium, a także z uwzględnieniem tego, że przy wadium w formie elektronicznej sam dokument wadialny ma inną wagę niż forma papierowa.

Odwołujący 2 przywołał treść komentarza do ustawy Pzp H. Nowak, M. Winiarz, „Prawo Zawówień Publicznych - Komentarz“, Warszawa 2021 wskazujący, że istotne dla oceny, czy wadium zostało wniesione w sposób nieuprawniony jest spojrzenie na wadium poprzez pryzmat jego celu, a więc tego, czy wadium zabezpiecza interesy zamawiającego i czy zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium. Dalej podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu interesy zamawiającego były przez cały czas zabezpieczone. Przesłanie Gwarancji w niewłaściwej formie nie uniemożliwiało na żadnym etapie związania ofertą wykonawcy, zamawiającemu możliwości żądania wypłaty wadium od gwaranta wykonawcy w przypadku ziszczenia się ustawowych przesłanek do jego wypłaty. Wadium faktycznie obowiązywało, a zamawiający dla skorzystania z niego nie musiał przesyłać pliku.

W ocenie odwołującego 2 zamawiający, oceniając okoliczności przedmiotowej sprawy, doszedł do zdecydowanie zbyt daleko idącej konkluzji i stracił z pola widzenia podstawowy cel, jakiemu służy wadium, a tym samym odrzucenie oferty Konsorcjum Ekoinbud przez zamawiającego przejawia się nadmiernym formalizmem i dąży do wypaczenia istoty wadium. Jest to działanie nieproporcjonalne. Jak wskazano w uchwale NSA (7w) z 14 marca 2011 r., sygn. II FPS 8/10 w procesie wykładni prawa interpretatorowi nie wolno całkowicie ignorować wykładni systemowej lub funkcjonalnej przez ograniczenie się wyłącznie do wykładni językowej pojedynczego przepisu. Może się bowiem okazać, że sens przepisu, który wydaje się językowo jasny, okaże się wątpliwy, gdy go skonfrontujemy z innymi przepisami lub weźmiemy pod uwagę cel regulacji prawnej. Jednym z najmocniejszych argumentów w kwestii poprawności interpretacji jest okoliczność, że wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna dają zgodny wynik. Omyłkowe przesłanie przez wykonawcę Gwarancji w złym formacie, powodujące niemożność zweryfikowania złożenia na ww. dokumencie podpisów kwalifikowanych, które wynikało z problemów technicznych związanych z rozszyfrowaniem otrzymanej Gwarancji przez odwołującego 2 od jego gwaranta, w żadnym stopniu nie wpływało na ważność przedłożonej Gwarancji ani prawidłowość ustanowienia wadium, a tym samym interesy zamawiającego przez całe postępowanie były prawidłowo zabezpieczone.

Odwołujący 2 wskazywał też, że zgodnie z zasadą przejrzystości uregulowaną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasada ta wymaga od zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej istnienia podstawy ich podjęcia, czy to w zapisach dokumentów zamówienia, czy też w przepisach obowiązującego prawa. Zasada ta obowiązuje zamawiającego nie tylko przy uzasadnianiu czynności odrzucenia wniosków o dopuszczenie w postępowaniu lub ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej czy też podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, lecz również w przypadku czynności wzywania wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnień środków dowodowych. Zamawiający powinien każdorazowo wskazywać na zapisy dokumentów zamówienia oraz przepisów prawa stanowiących podstawę takich wezwań, jak również w sposób precyzyjny i zrozumiały wskazywać, jakie błędy lub braki zostały stwierdzone, tak aby wykonawca miał świadomość tego, co faktycznie jest od niego oczekiwane (tak A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 16). Zgodnie z powyższym, podczas wezwania z dnia 4 maja 2023 r. zamawiający nie wskazywał na jakiegokolwiek wady złożonej przez wykonawcę Gwarancji, a tym samym to zamawiający nie wypełnił prawidłowo ciążących na nim obowiązków wynikających z ustawy Pzp, dlatego też oferta Konsorcjum Ekoinbud nie powinna zostać odrzucona.

Powyższe, zdaniem odwołującego 2, doprowadziło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż w wyniku zaniedbań ze strony zamawiającego oferta złożona przez wykonawcę nie mogła uczestniczyć na równi w ofertami pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu, co w efekcie doprowadziło również do naruszenia zasady efektywności określonej w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która była o ponad 1 mln zł. droższa, niż oferta złożona przez Konsorcjum Ekoinbud. Jak wskazał odwołujący 2, w doktrynie podkreśla się, że zasadę efektywności należy czytać w powiązaniu z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1634 ze zm.), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane m. in. w sposób celowy i oszczędny.

Ponadto, efektywność zamówienia może być również rozumiana jako efektywność samego procesu udzielenia zamówienia. Zamawiający obowiązany jest do zastosowania takich procedur i instrumentów, możliwych do wyboru, w celu przygotowania i prowadzenia postępowania, aby osiągnąć rezultat w postaci postępowania prawidłowo i sprawnie przeprowadzonego, zakończonego udzieleniem zamówienia, przy możliwie najbardziej efektywnej alokacji zasobów (tak: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 17). W przedmiotowej sprawie nie sposób przyjąć, że niezasadne odrzucenie oferty Konsorcjum Ekoinbud i wybór oferty o ponad 1 mln zł. droższej nie stanowi naruszenia ww. zasady, a tym samym nie doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego w sposób nieefektywny, jednocześnie naruszając ustawę o finansach publicznych. Z kolei wyżej wskazane uchybienia doprowadziły w ostateczności do naruszenia zasady określonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp tj. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołań, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach**.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Wykonawca Grupa Ekoenergia złożył do akt sprawy pisma procesowe z 9 czerwca 2023 r., w których zaprezentował swoje stanowisko w obu sprawach, jako przystępujący do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem procesowym przystępującego Grupa Ekoenergia, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i przystępującego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących się wykonawców przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że ich interes we wniesieniu odwołań przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożyli swoje oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia. Odwołujący 1 zarzuca, że oferta Grupy Ekoenergia, która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, podlegała odrzuceniu. Z kolei odwołujący 2 podnosi, że jego oferta została odrzucona w wyniku nieprawidłowego zastosowania przepisów przez zamawiającego. Gdyby zatem zarzuty podnoszone w obu wniesionych odwołaniach potwierdziły się, każdy z wykonawców miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jego realizację i osiągnięcie zysku z tego tytułu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów, załączone do pism procesowych i składane na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności wskazywane przez strony i uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale 4 pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy budynku Szkoły Podstawowej nr 3 w Żyrardowie. Szczegółowy zakres zamówienia określono w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, Koncepcji Programowo - Przestrzennej stanowiącej załącznik nr 10

do SWZ i Zagospodarowaniu terenu przy Szkole Podstawowej nr 3 im. Stanisława Staszica w Żyrardowie stanowiącej załącznik nr 11 do SWZ.

Zamawiający w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ zamieścił następujące postanowienia dotyczące podwykonawców i podwykonawstwa: (1) Zamawiający dopuszcza powierzenie podwykonawcom wykonanie części zamówienia; (2) Zamawiający wymaga aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem firm podwykonawców, o ile są mu one wiadome na etapie składania ofert; (3) Zamawiający żąda, aby wykonawca przed przystąpieniem do wykonania zamówienia podał nazwy/firmy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu (o ile są mu znane) zaangażowanych w wykonanie zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do zawiadamiania zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o którym mowa powyżej, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Obowiązek ten dotyczy również nowych podwykonawców, których wykonawca angażuje w przyszłości do realizacji przedmiotowego zamówienia; (4) Jeżeli zmiana lub rezygnacja z podwykonawcy dotyczy innego podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powołał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia; (5) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Z kolei w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (Załącznik nr 9 do SWZ), w I. CZĘŚĆ OPISOWA, 1. OPIS OGÓLNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA., 1.1 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu (str. 4-5) wskazano, że: Całe zamówienie obejmuje: opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej i uzyskanie pozwolenia na budowę oraz wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, w zakresie rozbudowy istniejącego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. (...) Planuje się rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 3 z Oddziałami Integracyjnymi im. Stanisława Staszica w Żyrardowie o budynek 2-kondygnacyjny niepodpiwniczony, z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu oraz roboty budowlane w istniejącym budynku szkoły, na podstawie opracowanej w Zadaniu 1 dokumentacji budowlanej i wykonawczej, z wykończeniem, wyposażeniem obiektu i oddaniem do użytku. Natomiast z postanowień PFU, Załącznika nr 12 do SWZ (Informacja do opisu przedmiotu zamówienia) oraz z odpowiedzi na Pytanie 2 zamieszczonej w wyjaśnieniach treści SWZ z 20 marca 2023 r., wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje co najmniej: (i) budowę nowego budynku z zapleczem gastronomicznym, (ii) przebudowę

fragmentu istniejącego budynku w celu zapewnienia połączenia z nowoprojektowanym obiektem, (iii) zagospodarowanie terenu, układ funkcjonalny do przejęcia z oddzielnego opracowania (Projekt zagospodarowania terenu z 11.2022 A. M. Architekci) - tylko zakres niezbędny do rozbudowy szkoły oraz zakres dotyczący Patio 1, (iv) budowa/przebudowa ciągów pieszych, pieszo-jezdnych i placów utwardzonych - tylko odtworzenie powierzchni utwardzonych, które zostaną zdemontowane lub zniszczone podczas robót budowlanych (chodniki i dojścia), (v) budowę placów zabaw i terenów rekreacyjnych z kompletnym wyposażeniem i nawierzchniami bezpiecznymi, nawierzchniami w patio - tylko elementy dotyczące Patio 1, (vi) mała architektura (ławki, kosze na odpadki, stojaki na rowery, tablice itp.) - tylko elementy dotyczące Patio 1 i elementy będące integralną częścią nowobudowanego budynku jak np. tablice urzędowe czy uchwyty flagowe, (vii) oświetlenie budynku, (viii) oświetlenie terenu - tylko elementy dotyczące Patio 1, ponadto należy wykorzystać zdemontowane latarnie i zamontować w lokalizacjach uzgodnionych z zamawiającym na etapie wykonywania dokumentacji projektowej, (ix) cyfrowy monitoring zewnętrzny i wewnętrzny (zgodnie z zapisami PFU Instalacje użytkowe str. 12), (x) sieci i przyłącza oraz instalacje zewnętrznych (wodociągowe, kanalizacji sanitarnej, elektroenergetyczne, teletechniczne, c.o., odwodnienia terenu, oświetlenia zewnętrznego terenu), (xi) wycinka drzew i krzaków z karczowaniem i wywózką materiału - tylko elementy niezbędne do rozbudowy szkoły oraz elementy dotyczące Patio 1, (xii) zdjęcie ziemi urodzajnej i złożenie jej w hałdy (do późniejszego wykorzystania) - tylko zakres niezbędny do rozbudowy szkoły oraz zakres dotyczący Patio 1, (xiii) zieleń urządzona i kompensacyjna (niwelacja terenu, nawiezenie humusu, obsianie trawą, nasadzenia drzew i krzewów, pnący) – tylko zakres dotyczący Patio 1 oraz niwelacja terenu, nawiezenie humusu i obsianie trawą terenu nieutwardzonego, który pozostanie po rozbudowie szkoły, (xiv) niezbędna infrastruktura techniczna, (xv) usunięcie ewentualnych kolizji, (xvi) zakup i montaż wyposażenia budynku i terenu, m. in: centrale wentylacyjne z automatyką, wentylatornia z pełnym wyposażeniem, hydrofornia z wyposażeniem, dźwig osobowy, dygestorium szkolne z szafą na odczynniki chemiczne, biały montaż, w tym dla niepełnosprawnych, kabiny systemowe z płyt HPL w sanitariatach, łazienkach, szatnie dzieci, siedziska wbudowane, lustra, dozowniki na mydło ze stali nierdzewnej, pojemniki na ręczniki papierowe ze stali nierdzewnej w zestawie z koszem na zużyte ręczniki, pojemniki na papier toaletowy ze stali nierdzewnej, suszarki elektryczne do rąk, sprzęt ppoż. ze schematami pożarowymi, oznaczenie ewakuacji pożarowej, spójny system identyfikacji wizualnej, oznakowanie indywidualne wszystkich pomieszczeń, obudowy grzejników, daszki nad wejściami, wycieraczki systemowe wewnętrzne i zewnętrzne wbudowane w posadzkę, sufity akustyczne i podwieszane, sufity higieniczne, żaluzje wewnętrzne lub zewnętrzne,

(xvi) rozwiązania proekologiczne (zrównoważona gospodarka wodami opadowymi z zagospodarowaniem ich na terenie szkolnym), (xvii) inne wskazane w niniejszym PFU, (xviii) wszelkie prace przygotowawcze i towarzyszące niezbędne do realizacji prac, (xix) uzyskanie i doręczenie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Izba ustaliła ponadto, że w pkt 9 Formularza oferty, wykonawcy składający ofertę mieli obowiązek wskazać czy zamierzają powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia, czy też przedmiot umowy wykonają samodzielnie. W przypadku, gdy zadeklarują, że będą korzystali z podwykonawców, w tabeli mieli podać te części zamówienia, które powierzą do realizacji podwykonawcom i wskazać firmy podwykonawców (o ile są znane). W swoim formularzu wykonawca Grupa Ekoenergia oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: (1) Prace projektowe - podwykonawcy z nazwy i adresu nie są znani na etapie składania oferty; (2) Prace z branży budowlanej i konstrukcyjnej - podwykonawcy z nazwy i adresu nie są znani na etapie składania oferty; (3) Prace z branży sanitarnej - podwykonawcy z nazwy i adresu nie są znani na etapie składania oferty; (4) Prace z branży elektrycznej - podwykonawcy z nazwy i adresu nie są znani na etapie składania oferty; (5) Zagospodarowanie terenu - podwykonawcy z nazwy i adresu nie są znani na etapie składania oferty.

Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie złożonego przez przystępującego oświadczenia i pismem z 19 maja 2023 r., powołując się na przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do przystępującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty, złożonej w postępowaniu pn. „Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 3 w Żyrardowie”, w zakresie robót, które zamierza wykonać własnymi siłami. W wyjaśnieniach z 22 maja 2023 r. przystępujący wskazał, że w ramach przedmiotowego zadania Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. wykona samodzielnie następujący zakres, bez udziału podwykonawców: 1. Wykonanie przyłącza wodno-kanalizacyjnego; 2. Wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnej; 3. Wykonanie instalacji c.o. Zatem zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca zamierza zlecić tylko część zadania podwykonawcom.

Izba ustaliła także, że w Rozdziale 19 SWZ zamawiający zamieścił następujące wymagania dotyczące wadium: 1. Zamawiający wymaga wniesienia wadium w wysokości: 200 000 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych). 2. Wadium może być wniesione w formach, o których mowa w art. 97 ust. 7 ustawy PZP. 3. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego: Miasto Żyrardów, Plac Jana Pawła II nr 1, 96-300 Żyrardów, nr rachunku 57 1020 1026 0000 1502 0274 1171 w banku PKO BP. 4. W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, za termin wniesienia uznaje się chwilę

uznania kwoty na rachunku zamawiającego. 5. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy. 6. Do wnoszenia, zwracania i zatrzymywania wadium zamawiający będzie stosował art. 97-98 ustawy PZP.

Wadium w postępowaniu wniósł wykonawca Konsorcjum Ekoinbud, składając ubezpieczeniową gwarancję przetargową, wystawioną w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. o numerze 912700782659. W dniu 21 kwietnia 2023 r. został on wezwany przez zamawiającego do wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni tj. do 3 czerwca 2023 r. W terminie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu, tj. do 4 maja 2023 r., przesłał pisemną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni, wraz z aneksem nr 1 z dnia 26 kwietnia 2023 r. do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej. Jak ustalono na podstawie akt sprawy, przesłany zamawiającemu plik zawierający aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, nie zawierał podpisu elektronicznego wystawcy aneksu (gwaranta), a jedynie jego graficzne odwzorowanie.

Pismem z 23 maja 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Grupa Ekoenergia, odrzucając jednocześnie ofertę złożoną przez Konsorcjum Ekoinbud. Jako podstawę prawną podjętej decyzji wskazał art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym z kolei podnosił okoliczność, że wykonawca w dniu 21 kwietnia 2023 r. został wezwany przez zamawiającego do wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni tj. do 3 czerwca 2023 r. Na podstawie art. 307 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wykonawca w terminie wskazanym przez zamawiającego tj. do 4 maja 2023 r. przesłał pisemną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni, wraz z aneksem nr 1 z dnia 26 kwietnia 2023 r. do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej. Zamawiający w trakcie weryfikacji przesłanego przez wykonawcę aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej stwierdził, iż ww. dokument nie został przesłany do zamawiającego jako oryginał. Wykonawca przesłał skan otrzymanego aneksu gwarancji, podczas weryfikacji zamawiający stwierdził brak elektronicznego podpisu wystawcy aneksu ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej. Zatem oferta podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca jest zobowiązany do utrzymywania wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą. Wykonawca przy przedłużaniu terminu związania ofertą nie przedłużył wadium w sposób skuteczny tj. przedłużył ważność wadium w sposób nieprawidłowy. Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca

powinien przekazać zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.

Odwołujący 1 i odwołujący 2 nie zgodzili się z decyzją zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, wnosząc swoje odwołania. Ponadto odwołujący 2 kwestionował decyzję zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego w postępowaniu oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

w sprawie o sygn. akt KIO 1492/23

Na wstępie należy przywołać treść przepisów ustawy Pzp, które znajdują zastosowanie w rozpoznawanej sprawie.

Zagadnienia możliwości powierzenia przez wykonawcę realizacji zamówienia podwykonawcy, należy rozpatrywać przy uwzględnieniu treści art. 462 ustawy Pzp, zgodnie z którym: (1) wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy; (2) Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. (3) W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług. (4) Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3: 1) w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub 2) dotyczących dalszych podwykonawców, lub 3) dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi. (5) W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile

przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy. (6) W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia. (7) Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio. (8) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia. Z kolei w myśl art. 121 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

W świetle przywołanych wyżej przepisów, jednoznacznie można wysnuć wniosek, że realizacja zamówień publicznych co do zasady opiera się na regule szerokiego dopuszczenia podwykonawstwa. Jego ograniczenie musi być traktowane wyjątkowo i wprowadzane w ściśle uzasadnionych przypadkach. Zamawiający może skorzystać z możliwości, przewidzianej w art. 121 ustawy Pzp, wskazując w treści SWZ jakie zadania ma wykonawca zrealizować samodzielnie, bez udziału podwykonawców. W tym postępowaniu jednak zamawiający z takiej możliwości nie skorzystał, co wprost wynika z treści SWZ. Pozostawiając zatem w tym zakresie swobodę wykonawcom, zamawiający przesądził, że ci mogą powierzyć podwykonawcom dowolne części zamówienia, również w bardzo szerokim zakresie.

W ocenie Izby jedynym ograniczeniem, które wprowadzają przepisy ustawy Pzp, jest możliwość powierzenia podwykonawcy lub podwykonawcom całości prac objętych przedmiotem zamówienia. Wskazuje na to treść art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to, co do zasady, przysługuje niezależnie od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy). Jednakże, co wynika z literalnego brzmienia przepisu, który wskazuje na „część” zamówienia, nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy wykonania całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega.

Ponownie jednak należy zaznaczyć, że w świetle postanowień ustawy Pzp, nie ma możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia w dokumentach zamówienia, iż zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakresu udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (tak m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., sygn. akt III SA/Wr 921/16). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego, zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (tak m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 21 marca 2017 r., sygn. akt III SA/Lu 826/16). Takie postanowienia byłyby sprzeczne zasadami określonymi w ustawie, której przepisy mają na celu umożliwienie w jak najszerszym zakresie ubiegania się o zamówienia publiczne wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Ci z kolei, z reguły, biorą udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.

Z kolei w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), w art. 71 ust. 2 stwierdzono, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w art. 88 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa).

Tym samym stwierdzić należy, że zarówno w cytowanych przepisach Dyrektyw, jak też ustawy Pzp mowa jest o „części” zamówienia. W świetle literalnego ich brzmienia, stwierdzić należy, że nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom.

W okolicznościach badanej sprawy należało zatem rozważyć, czy rację ma odwołujący 1 twierdząc, że z treści złożonej oferty Grupa Ekoenergia wynika, że zamierza on całość zamówienia realizować przy pomocy podwykonawców.

W niektórych przypadkach bywa problematyczne określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i ustalenie tego w sposób procentowy, nie sposób bowiem określić jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do

wykonania dla wykonawcy. Powyższe należy rozważać każdorazowo, mając na uwadze zakres prac powierzonych do wykonania podwykonawcy mając na uwadze, że zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp, w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że takie wątpliwości nie istniały. Trudno wywieść z treści odwołania w jaki sposób odwołujący 1 doszedł do wniosku, mając na uwadze treść oświadczenia złożonego przez przystępującego w pkt 9 Formularza oferty, że ten zamierza całość zadania powierzyć do realizacji podwykonawcom. Z pewnością próżno szukać w treści oferty oświadczenia, że Grupa Ekoenergia zamierza zlecić im całość prac. Przystępujący oświadczył w swojej ofercie, że wykona przy pomocy podwykonawców określone zakresy robót, nie precyzując, że chodzi o określone prace z danej, wymienionej branży, nie wymienił też konkretnie które to zakresy w ramach danej branży zleci. Przy tym należy zaznaczyć, że biorąc pod uwagę ustalony na podstawie akt sprawy zakres prac, składających się na przedmiotowe zamówienie, to należy stwierdzić, że ten jest znacznie szerszy niż wymieniony przez przystępującego w pkt 9 Formularza oferty.

W kontekście złożonego w treści Formularza ofertowego oświadczenia, w tym miejscu należy też zauważyć, że brak precyzji wykonawcy co do określenia szczegółowego zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom, mogła wzbudzić wątpliwości zamawiającego. Stąd zamawiający, kierując do przystępującego pytanie o wyjaśnienie treści SWZ na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, miał na celu jedynie uzyskanie jednoznacznej deklaracji co do tego jaki to konkretnie zakres podwykonawstwa przystępujący zamierza zlecić. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego 1, jakoby działanie zamawiającego było bezprawne, gdyż treść tabeli nie powinna budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W ocenie składu orzekającego takie twierdzenia są nieuprawnione, gdyż obok ogólnych deklaracji co do zamiaru powierzenia dowolnych prac z określonych branż, próżno szukać w treści złożonego przez przystępującego oświadczenia, jakichkolwiek jednoznacznych deklaracji co do zakresu czy wartości prac powierzonych do wykonania podwykonawcom.

Nietrafione są również wywody odwołania w zakresie, w jakim odwołujący 1 odnosi się do treści złożonych przez Grupę Ekoenergia wyjaśnień z 22 maja 2023 r., w których to precyzuje, że następujący zakres prac wykona samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców: wykonanie przyłącza wodno-kanalizacyjnego, wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnej, wykonanie instalacji c.o. stwierdzając, że wskazany w piśmie zakres nie przekracza 4% wartości zamówienia. W konsekwencji stwierdza, że udział wykonawcy

Grupa Ekoenergia w realizacji zamówienia jest marginalny i sprowadza się do roli koordynatora realizacji zamówienia publicznego.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń w pierwszej kolejności nie sposób nie zauważyć, że odwołujący 1 nie przedstawił żadnych dowodów, czy chociażby szczegółowych kalkulacji potwierdzających, że wskazane przez odwołującego 1 4% wartości całego zamówienia to faktyczny zakres prac, który przystępujący faktycznie zamierza wykonać. Wartość tą należy traktować zatem wyłącznie jako szacunek własny odwołującego 1, gołosłowne oświadczenie, przy tym jak sam przyznaje, ocena ta odnosi się do wartości wymienionych prac, gdyby były wykonywane przez odwołującego 1, w relacji do całkowitych kosztów wykonania przez niego zadania. Nie oznacza to jednak, że proporcja taka będzie miała zastosowanie w przypadku wykonywania tożsamyh prac przez wykonawcę Grupa Ekoenergia, co zresztą wykonawca ten wykazał za pomocą złożonych na rozprawie dowodów, prezentując między innymi zestawienie kosztowe robót, które wykonane zostaną przez niego samodzielnie i wyliczając ten udział na 13,1 %. Wyliczenia powyższe należy uznać za wiarygodne, albowiem oparte na wycenach i analizach, zaczerpniętych z publikacji Sekocenbud - Biuletyn cen obiektów budowlanych BCO cz. I 1 kw. 2023, dla obiektów podobnych do tych, który będzie zlecony w ramach zamówienia.

Podkreślić należy w tym miejscu ponownie, że odwołujący 1, oprócz kwestionowania przedmiotowych wycen, nie złożył i nie przedstawił żadnych dowodów, czy też szczegółowych wyliczeń, które dawałyby podstawę do uznania, że faktycznie zakres prac, które Grupa Ekoenergia zamierza wykonać jest marginalny. Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że ciężar wykazania danej okoliczności faktycznej spoczywa na odwołującym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadza skutek prawny. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy to zatem na odwołującym 1 spoczywał obowiązek wykazania, że konieczne jest odrzucenie oferty przystępującego, jako złożonej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przypomnienia wymaga również, że w świetle przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zdaniem Izby odwołujący 1 nie uniósł spoczywającego na nim ciężaru wykazania spornych faktów, zaś przystępujący ze swojej strony przedłożył wiarygodne, oparte na wskazanych dokumentach, wyliczenia i kalkulacje wskazujące, że nietrafione są wnioski odwołującego 1 co do tego, że zakres prac, jakie zamierza wykonać Grupa Ekoenergia jest marginalny i sprowadza się w rzeczywistości do koordynacji prac.

W świetle powyższego należało uznać, że decyzja zamawiającego, który dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia, była zgodna z obowiązującymi przepisami, zaś zarzuty odwołującego 1 w tym zakresie należało uznać za niepotwierdzone.

w sprawie o sygn. akt KIO 1527/23

Biorąc pod uwagę zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, na wstępie przypomnienia wymaga treść przepisów ustawy Pzp, regulujących kwestie wnoszenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Z kolei zgodnie z art. 307 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Powyższe regulacje zamawiający przywołał także w Rozdziale 19 SWZ, zamieszczając stosowne wymagania w zakresie wnoszenia, zwracania i zatrzymania wadium, do których to jak wskazał wprost, będzie stosował art. 97 ustawy Pzp.

Nie budzą również wątpliwości okoliczności faktyczne ustalone w niniejszej sprawie tj., że Konsorcjum Ekoinbud wniosło wadium w formie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, wystawionej w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. o numerze 912700782659. Odwołujący 2 w treści wniesionego odwołania przyznał także, że w dniu 21 kwietnia 2023 r. został wezwany przez zamawiającego do wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni tj. do dnia 3 czerwca 2023 r. Odwołujący potwierdził również, że w terminie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu, tj. do dnia 4 maja 2023 r., przesłał pisemną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni wraz z aneksem nr 1 z dnia 26 kwietnia 2023 r. do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej przy czym, co istotne dla rozpoznania niniejszej sprawy, przesłany zamawiającemu plik zawierający aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nie zawierał podpisu elektronicznego wystawcy aneksu (gwaranta) a jedynie jego graficzne odwzorowanie. W konsekwencji zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania czy podpis pod dokumentem został faktycznie złożony. Z dowodu przedłożonego przez zamawiającego i załączonego do pisma procesowego wynika, że podczas weryfikacji złożonych pod

aneksem podpisów pojawia się jedynie komunikat o treści: nie znaleziono plików z podpisami.

Powyższym okolicznościom nie przeczył odwołujący 2, podnosząc jednocześnie w treści złożonego odwołania szereg argumentów, które miałyby zdecydować o tym, że działanie zamawiającego było nieuprawnione i naruszało wskazywane przepisy ustawy Pzp, jak też zasady udzielania zamówień publicznych.

W ocenie Izby wyżej ustalona, bezsporna między stronami okoliczność, że przesłany zamawiającemu plik zawierający aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nie zawierał podpisu elektronicznego wystawcy aneksu (gwaranta) a jedynie jego graficzne odwzorowanie przesądza, że odrzucenie oferty Konsorcjum Ekoinbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w związku z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp było prawidłowe i konieczne. Nie można bowiem uznać, że odwołujący 2 wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, gdyż warunkiem dla przedłużenia tego okresu jest jednoczesne wniesienie wadium w takiej formie, w jakiej określają to cytowane wyżej przepisy.

Wymóg złożenia oryginału gwarancji nie ma charakteru wyłącznie formalnego, jak twierdzi odwołujący 2, ale jest wymaganiem bezwzględnym, który wynika z treści przepisu art. 97 ust. 10 ustawy Pzp. Przepis ten reguluje sytuacje, w których wadium wnoszone jest w formie gwarancji lub poręczenia (wadium w formie niepieniężnej) i wprowadza zasadę, że w takim przypadku wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał dokumentu w postaci elektronicznej. Wniesienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować zatem przekazanie tego dokumentu w takiej formie, w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu. Ustawodawca przesądził wprost, że nieprawidłowe będzie przekazanie zamawiającemu kopii dokumentu wadialnego. Aby taki dokument mógł być uznany za złożony w sposób prawidłowy, musi być opatrzony ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób, który zapewni przez co najmniej okres wymaganego zabezpieczenia oferty wadium możliwość dokonania kontroli integralności dokumentu elektronicznego, możliwość weryfikacji podpisu elektronicznego oraz możliwość odczytania wszystkich informacji zawartych w elektronicznym dokumencie gwarancji wadialnej.

Wymagania powyższe, przewidziane przepisami, zostały przez ustawodawcę sformułowane w sposób jednoznaczny, a identyczne w treści zapisy znalazły się w SWZ dla prowadzonego postępowania. Tym samym nie zasługuje na aprobatę argumentacja odwołującego 2, że skoro w przesłanym aneksie do Gwarancji była informacja o tym, że została ona podpisana (ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz daty podpisu) to fakt, że oferta jest na dalszy okres zabezpieczona wadium, zamawiający mógł zweryfikować bezpośrednio u gwaranta. Nie jest bowiem rolą zamawiającego weryfikowanie prawidłowości

i prawdziwości przedkładanych w postępowaniu dokumentów. To na wykonawcy ciąży obowiązek przedłożenia wadium w terminie i formie, wymaganej przepisami ustawy Pzp, czego w tym przypadku Konsorcjum Ekoinbud nie dopełniło.

Izba nie zgadza się także, że w omawianej sprawie mamy do czynienia wyłącznie z błędem natury technicznej i, że zamawiający nie miał podstawy odrzucić oferty odwołującego 2, gdyż mógł żądać wypłaty wadium od gwaranta, a dla skorzystania z niego nie musiał przysłać skanu pliku. Złożenie aneksu w nieprawidłowej formie, bez możliwości zweryfikowania czy podpisy na dokumencie faktycznie zostały złożone, nie pozwala bowiem na ustalenie czy oferta Konsorcjum Ekoinbud została prawidłowo zabezpieczona wadium na przedłużony okres związania ofertą. Istnieją bowiem uzasadnione wątpliwości co do tego, czy w ogóle doszło do złożenia oświadczenia woli przez ubezpieczyciela, stąd nie sposób mówić o realizacji zasadniczej funkcji instytucji wadium w postaci należytego zabezpieczenia interesów zamawiającego, na wypadek ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium w sytuacji, gdy nie jest możliwe ustalenie czy ubezpieczyciel rzeczywiście złożył oświadczenie woli o takiej treści, jak przedstawiona zamawiającemu. Zamawiający na podstawie aneksu nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej, który nie zawierał kwalifikowanego podpisu elektronicznego gwaranta, nie mógł i nie może mieć pewności co do tego, od kogo ten dokument pochodzi a co za tym idzie, czy a jeśli tak to kiedy i przez kogo zostało złożone oświadczenie woli.

Przypomnieć też należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązują zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 16 ustawy Pzp. Te z kolei wyrażają nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania czy to bezpośrednio, czy pośrednio poszczególnych wykonawców w postępowaniu. Jeśli zatem w dokumentach zamówienia określono w sposób jednoznaczny wymagania w zakresie odnoszącym się do kwestii wnoszenia, przedłużania i zwrotu wadium, to zasady te obowiązują wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców. Zamawiający w SWZ wymagał złożenia oryginału gwarancji lub poręczenia, a wymóg ten odnosił się do wszystkich podmiotów, w tym dotyczył odwołującego 2. Niedopuszczalna byłaby zatem sytuacja, w której zamawiający, w okolicznościach gdy ten składa wadium w sposób nieprawidłowy, podejmował działania zmierzające ustaleniu czy złożony przez niego Aneks nr 1 do Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej faktycznie został przez gwaranta wystawiony, czy obowiązuje i czy został podpisany przez wskazane w jego treści osoby. Odwołujący w sposób nieuzasadniony domaga się, aby kategorię nakaz wynikający z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp nie miał zastosowania w przypadku jego oferty. Takie czynności zamawiającego, gdyby je podjął, stanowiłyby naruszenie zasady równego traktowania, zwłaszcza biorąc pod uwagę sytuację przystępującego, który wypełnił

wszystkie wymagania dotyczące wadium, zarówno na etapie składania oferty, jak też na etapie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zdaniem składu orzekającego nic nie wnoszą do sprawy wywoływanego 2, dotyczące celów postępowania określonych w art. 17 ustawy Pzp. Izba podziela wprawdzie prezentowany przez odwołującego 2 pogląd, że wszelkie działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów. Zasada ta oznacza jednak jedynie tyle, że zamawiającemu nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp do wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia, gdyż zamawiający sformułował swoje oczekiwania w zakresie wniesienia wadium w sposób, który regulują przepisy ustawy Pzp, z jednoczesną dbałością o swoje interesy tj. aby mieć pewność, że złożony dokument wadium pozwoli mu na zaspokojenie się z niego w przypadku, gdy zajdzie jedna z okoliczności przewidująca jego zatrzymanie.

Niezrozumiałe są także w ocenie Izby zarzuty, że zamawiający swoimi działaniami doprowadził do wyboru oferty, która była o ponad 1 mln złotych droższa, niż oferta złożona przez przystępującego, czym naruszył zasadę efektywności, określoną w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Za nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotowych zarzutów należało także uznać dowody przedkładane na rozprawie w postaci: informacji z otwarcia ofert z 9 marca 2023 r. wraz z decyzją o unieważnieniu postępowania z 13 marca 2023 r. (pierwsze postępowanie w tym samym przedmiocie) oraz informacji z otwarcia ofert z 5 kwietnia 2023 r. wraz z decyzją zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23 maja 2023 r. Należy zauważyć, że wspomniana zasada ma służyć temu, że zamawiający wybierze ofertę optymalnie zaspokajającą jego potrzeby, przy czym w odniesieniu do niej ustawodawcy również chodziło o to, iż zamawiający nie powinien ustanawiać w postępowaniu takich obowiązków, o charakterze czysto formalnym, które to znacząco utrudniają a czasami wręcz uniemożliwiają urzeczywistnienie celu udzielenia zamówienia, jakim jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Tu ponownie należy podkreślić, że za taki wymóg nie sposób uważać ciążącego na wykonawcy obowiązku zabezpieczenia oferty wadium, w sposób prawidłowy i wniesienia go w taki sposób, aby zagwarantować zamawiającemu jednoznaczną możliwość zatrzymania wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie Pzp.

W końcu także bez znaczenia dla oceny zarzutów podnoszonych w odwołaniu są okoliczności podnoszone przez Konsorcjum Ekoinbud, iż w rozmowie telefonicznej pracownik zamawiającego nie poinformował o nieprawidłowościach dotyczących złożonego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, jak też że prowadzona była w tym przedmiocie korespondencja z zamawiającym (dowód przedłożony przez odwołującego 2 na rozprawie). Nawet bowiem jeśli zamawiający dostrzegł owe braki i poinformowałby o tym odwołującego 2 przed podjęciem decyzji o odrzuceniu jego oferty, to należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji. Oznacza to, że nie ma możliwości dokonania jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, ani w przypadku jego braku, ani też w przypadku gdy to zostanie wniesione w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie ma w takim przypadku możliwości skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentu gwarancji, ani też wezwać do złożenia dodatkowego dokumentu, potwierdzającego prawidłowość wniesionego wadium. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie miał więc żadnej możliwości, aby doprowadzić do zgodności dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum Ekoinbud z przepisami prawa i postanowieniami SWZ.

Powyższe przesądza, że odrzucenie oferty Konsorcjum Ekoinbud, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w związku z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp było prawidłowe i zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odwołujący 2 bowiem nie utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, co wynikało z tego, że jak słusznie wskazał zamawiający, przy przedłużaniu terminu związania ofertą nie przedłużył wadium w sposób prawidłowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: