

Sygn. akt: KIO 3367/21

WYROK

z dnia 6 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 roku przez wykonawcę **T. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Projektowo Budowlane „ADAC” T. W.ul. Polska 39 81-334 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku ul. Ołowianka 9-13 80-751 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” spółka jawna E. i J. S. ul. Gietkowska 9c/1, 10-170 Olsztyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3367/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Projektowo Budowlane ADAC T. W. ul. Polska 39 81-334 Gdynia i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Projektowo Budowlane ADAC T. W. ul. Polska 39 81-334 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Projektowo Budowlane ADAC T. W. ul. Polska 39 81-334 Gdynia na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw w części dotyczącej zarzutu nr 1 podniesionego w petitum odwołania Przedsiębiorstwa Budowlanego „S.” spółka jawna E. i J. S. kwotę 4 502 zł 82 gr (słownie: cztery tysiące pięćset dwa złote

82 grosze) stanowiące koszty z tytułu reprezentacji przez Izbą oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 3367/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Konserwacja, remont i modernizacja Żurawia Gdańskiego oddziału Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku” Znak sprawy: ZP/27-7/PN/2021- zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2021/BZP 00167010 z dnia 2021-09-01. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa” lub „Pzp”.

W dniu 15 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę T. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Projektowo Budowlane ADAC T. W. w Gdyni zwanego dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez nieodrzuconie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. i przez to naruszenie dyspozycji, wyrażonej w zasadzie, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 - mimo iż oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą, albowiem została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,
- 2) naruszenie art. 274 ust. 1 PZP w drodze uprzedniego dokonania wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. i kolejno żądanie od wybranego wykonawcy dokumentów podmiotowych których Zamawiający zobowiązany był żądać przed ww. czynnością,
- 3) naruszenie art. 248 ust.2 Pzp w drodze nieprawidłowego i bezpodstawnego jego zastosowania w procesie wyboru wykonawcy opierając się na dyspozycji wyboru oferty z najniższą ceną lub najniższym koszcie w przypadku gdy oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, stosując go wbrew zapisom SWZ oraz niewłaściwie przytaczając zasady jego użycia w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

- 4) naruszenie art. 16 Pzp w ten sposób, iż Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i przejrzystości albowiem nie przekazał do publicznej wiadomości wszystkim wykonawcom informacji o dokonanym wyborze oferty Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. udzielając jej jedynie Odwołującemu pismem z dnia 23 września 2021 r. adresowanym do wybranego wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców doznała także uszczerbku w drodze swobodnego wyboru oferty przez Zamawiającego mimo równej oceny dwóch konkurencyjnych ofert,
- 5) naruszenie art. 17 Pzp w ten sposób, iż naruszył zasadę udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, albowiem dokonując wyboru oparł się na swobodnym wyborze przy równej ocenie oferty Odwołującego i wykonawcy którego ofertę finalnie wybrał, mimo że zapisy SWZ nie pozwalały na takie rozstrzygnięcie,
- 6) naruszenie art. 18 Pzp w ten sposób, iż nie zapewnił jawności nie informując wszystkich wykonawców o czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. udzielając jej jedynie Odwołującemu pismem z dnia 23 września 2021 r. adresowanym do wybranego wykonawcy,

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „S.” sp. j. J. i E. S. z siedzibą przy ul. Gietkowska 9c/1 w Olsztynie jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. z siedzibą przy ul. Gietkowska 9c/1 w Olsztynie z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania,
- 5) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz dojazdu na rozprawę wg rachunków, które przedłożył na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego została oceniona na 100 pkt zatem winna być uznana za najkorzystniejszą, co

więcej oferta wybrana przez Zamawiającego podlegała w ocenie Odwołującego odrzuceniu. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniesie zatem szkodę, wynikającą z utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w efekcie - utraty możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraty możliwości uzyskania referencji.

Odwołujący wyraźnie wskazuje, iż czynność Zamawiającego wyrażona w drodze przekazania dnia 10 listopada 2021r., Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (znak pisma: NMM/A-ZP/Ż/57/2021) w której wskazano, iż ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. – posiada nieusuwalną wadę znajdującą wyraz w nieuprawnionym wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej podczas gdy mocą ww. informacji Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego 100 punktów – czyli maksimum – na równi ofercie wybranego wykonawcy. Co ważne, nie ma tu mowy o oczywistej pomyłce pisarskiej ani obliczeniowej albowiem Zamawiający zarówno w kryterium cena jak też okres gwarancji i rękojmi każdemu z ww. podmiotów przyznał odpowiednio 60 i 40 punktów. Dokonując zatem wyboru oferty o takiej samej ilości punktów jak oferta Odwołującego naruszył zasadę Pzp oraz regulację jaką ustanowił w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), Rozdział XXI, pkt 5 (cyt.):

5. Ocena końcowa oferty.

Będzie to suma punktów uzyskana za kryteria określone w niniejszej SWZ. Maksymalnie

Wykonawca może uzyskać 100 punktów.

$$P = C + G$$

gdzie:

P – łączna punktów jakie otrzyma oferta we wszystkich kryteriach. Punkty we wszystkich kryteriach będą obliczane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami matematycznymi. Zamówienie zostanie udzielone Wykonawcy, którego oferta uzyska najwyższą łączną ilość punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach.

Wyliczenie ilorazu ceny najniższej przez cenę ocenianą w rzeczonym przypadku wskazuje na wynik 0,99993515756. Zatem – zgodnie z narzuconym przez Zamawiającego warunkiem wyliczenia do dwóch miejsc po przecinku (vide zapis „Punkty we wszystkich kryteriach będą obliczane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami matematycznymi”) – oferta Odwołującego uzyskała 100 punktów – czyli maksimum.

Uwypuklając fakt, iż Zamawiający ani w treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nr ogłoszenia 2021/BZP 00167010/01 z dnia 01.09.2021r. ani w

SWZ ani też w żaden inny sposób nie poinformował w jaki sposób dokona wyboru wykonawcy

w przypadku dwóch identycznie ocenionych ofert – zatem dokonując ich porównania i uzyskując wynik remisowy – nie mógł wybrać oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. - albowiem zgodnie z art. 239 Pzp (ust. 1) Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Nie można zatem jak to uczynił Zamawiający, w dodatku kolejny raz wskazując na nieprawdziwy stan rzeczy (o czym poniżej) – przywoływać w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej na art. 248 ust. 2 Pzp (Jeżeli oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem).

W uzasadnieniu wyboru ofert najkorzystniejszej sporządzonym przez Zamawiającego (s.2 Informacji o wyborze jako najkorzystniejszej z dnia 10 listopada 2021r.) czytamy:

Uzasadnienie wyboru – art. 239 ust. 1 w związku z art. 248 ust 2 ustawy PZP – oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane S. sp. j. J. i E. S., spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, zawierając jednocześnie najniższą cenę.

W uzasadnieniu tym Zamawiający zawarł nieprawdziwą treść, wskazując iż rzekomo oferta wybranego wykonawcy uzyskała największą ilość punktów – podczas gdy sam w tejże samej informacji wskazuje, iż oferta Odwołującego ma ten walor – 100 pkt. Działanie takie stanowi podstawę do uznania czynności za niezgodną z zasadami Pzp co wykazano powyżej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp Zamawiający zmuszony jest odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium

w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W tym miejscu podnieść należy, iż dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności gwaranta. Celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz Zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń nawet, gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności 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. W przedmiotowej sytuacji, gdyby okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium ujawniły się w dniu 20.10.2021r. tuż przed godz. 24:00, to Zamawiający nie miałby możliwości zwrócić się skutecznie do Gwaranta z żądaniem wypłaty sumy gwarancyjnej. A zatem należy uznać, iż Wykonawca nie zabezpieczył oferty wadium złożonym w postaci gwarancji ubezpieczeniowej w taki sposób aby Zamawiający mógł z niego skorzystać w przypadku wystąpienia, w terminie związania ofertą przesłanek, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy o zaistnieniu przesłanki dowiedziałby się po dniu upływu związania ofertą / ważności gwarancji. Stanowisko takie znajduje oparcie w Wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 2021-02-05, V Ga 328/20: *"W realiach niniejszej sprawy poza sporem jest, że przedłożona przez skarżących w procedurze przetargowej gwarancja ubezpieczeniowa obowiązywała od: 8.09.2020r. do 7.10.2020r., czyli dokładnie w okresie związania ofertą, który upływał właśnie z dniem 7.10.2020r. Z końcem tego dnia kończył się jednocześnie upływ terminu do zawarcia umowy przez oferenta, który wygrał przetarg. Zatem logicznym jest, że przed początkiem dnia 8.10.2020r. nie mogła ziścić się przesłanka uzasadniająca przepadek wadium na rzecz zamawiającego wskazana w art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP - o ile przed tą datą oferent nie złożyłby wyraźnego oświadczenia woli o odmowie zawarcia umowy. Gdyby natomiast w tej kwestii wyłoniony w przetargu wykonawca milczał, uznanie, że odmówił on zawarcia umowy objętej zamówieniem publicznym mogłoby nastąpić nie wcześniej niż z upływem ostatniego dnia związania ofertą, czyli w tym wypadku - z dniem 7.10.2020r., będącym zarazem ostatnim dniem ważności przedłożonej przez niego gwarancji bankowej. Prowadziłoby to do paradoksalnej sytuacji, w której najwcześniejszą możliwą datą, w której ziściłyby się warunki do zatrzymania przez zamawiającego wadium byłby dzień 8.10.2020r. (do końca dnia 7.10.2020r. zamawiający powinien czekać na złożenie oświadczenia wykonawcy o zawarciu umowy), a jednocześnie udzielona przez tego wykonawcę gwarancja wadium w tej dacie byłaby już nieważna. W tej sytuacji dywagacje skarżących Polska Agencja Żeglugi Powietrznej Strona 4 z 5 co do możliwości złożenia skierowanego do ubezpieczyciela (gwaranta) oświadczenia woli o skorzystaniu z gwarancji ubezpieczeniowej przez beneficjenta gwarancji w formie elektronicznej w ostatnim dniu (czy nawet minutach) obowiązywania gwarancji nie mają żadnego znaczenia. Takie oświadczenie złożone przed końcem dnia 7.10.2020r. byłby bowiem we wskazanej powyżej sytuacji przedwczesne (z mocy art. 111 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, tj. o północy takiego dnia, zważywszy na fakt, że doba liczona jest od północy do północy). To samo zresztą dotyczy wypadku, gdyby przed upływem ostatniego dnia związania wykonawcy ofertą doszło do*

sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. [...] Ponieważ jak już wyżej wskazano, wygaśnięcie gwarancji wadialnej przed zakończeniem procedury przetargowej jest tożsame z sytuacją niewniesienia wadium, co w niniejszej sprawie miało miejsce, podniesiony przez skarżących zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP jest niezasadny. KIO zatem prawidłowo z tej przyczyny uwzględniła odwołanie uczestnika (...) Spółki Akcyjnej w C. i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanego wyżej przepisu." W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, gdyż w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, nie gwarantuje ona Zamawiającemu możliwości skutecznego zatrzymania wadium. Późniejsze wystąpienie o przedłużenie okresu ważności wadium (przed datą jej wygaśnięcia) nie wnosi do opisywanego stanu rzeczy przesłanki pozwalającej uzdrowić zawity stan rzeczy polegający na niezabezpieczeniu w sposób prawidłowy oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S.. W tym miejscu wskazuję, iż wykonawca ten przedłożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000183434 z dnia 21.09.2021r. wystawionej przez STU Ergo Hestia z terminem ważności 20.10.2021r. W treści wskazano, iż wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji. Wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany gwarancji wadialnej czy dodatkowe oświadczenia gwaranta, niemające podstaw w treści pierwotnie sporządzonego dokumentu, nie mogą sanować błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń Zamawiającego, przesądzając tym samym o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to z tego, że:

- 1) oferta od początku i nieprzerwanie musi być zabezpieczona wadium,
- 2) to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty,
- 3) dopuszczenie naprawiania wad gwarancji wadialnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz art. 97 ust. 5 PZP który wprost stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Co ważne – do gwarancji nie załączono pełnomocnictwa do jej wystawienia przez podpisującą – K. C. – przedstawiciela Gwaranta. Wskazuję, iż osoba ta nie figuruje w KRS jako osoba upoważniona do reprezentacji Gwaranta. W konsekwencji tego, iż Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia braku formalnego sam już ten fakt świadczy o wadzie gwarancji

– pozbawionej podstawowej cechy – podpisu osoby upoważnionej oraz wskazuje na istotne zaniechanie Zamawiającego.

Abstrahując od powyższego, przedmiotowa gwarancja posiada nieusuwalną wadę przejawiającą się w braku wskazania w sposób wyraźny jakie są przesłanki jej wykorzystania. Niezmiernie ważne jest, aby gwarancja bankowa (ubezpieczeniowa) wnoszona jako forma wadium w swej treści określała warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku (ubezpieczyciela) obowiązku zapłaty wadium. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki te zostały określone w art. 98 ust. 6 PZP. W praktyce możliwe jest zatem odesłanie w gwarancji do tego przepisu lub literalne przytoczenie jego brzmienia. Przedstawiona gwarancja nie ma tej cechy – Gwarant odsyła w niej jedynie do „co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych”. Tak nieprecyzyjny i nieostry zapis niweczy zasadę zabezpieczenia oferty co czyni gwarancję niezgodną z przepisami ustawy PZP o wadium – art. 97 – 98.

Wprawdzie w dniu 14.10.2021r. zamawiający próbował naprawić utrzymujący się niewłaściwy stan rzeczy w drodze wezwania wykonawcy do złożenia aneksu do gwarancji – co wykonawca wykonał przekazując aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) wydłużając okres jej obowiązywania do dnia 17.11.2021r. lecz czynność ta nie waliduje popełnionego błędu Zamawiającego i wykonawcy, stąd oferta podlegać winna odrzuceniu.

C.

Odwołujący zmuszony jest w świetle otrzymanej przez omyłkę (co przyznał Zamawiający) korespondencji wskazać, iż Zamawiający już w dniu 23.09.2021r. o godz. 16:32:57 wskazał jako wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą (w konsekwencji opublikował informację o wyborze oferty bez dokonania jej kompleksowej oceny) podmiot - Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S.. Stało się to z chwilą upublicznienia pisma z dnia 23.09.2021r. (znak: NMM/A- ZP/Ż/29/2021) adresowanego do Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S. – skierowanego także do Odwołującego co równe jest z publikacją oficjalnych wyników postępowania o tytule „Wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą” Co więcej, wskazanie na ofertę najkorzystniejszą pojawia się także w dalszej części wezwania – w treści pkt I „w związku z uznaniem Państwa oferty jako najkorzystniejszej”. Antycypując zarzut zamawiającego, iż w takim stanie rzeczy termin na odwołanie upłynął wskazuję, iż naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów PZP regulujących istotę stosowania art. 274 ust. 1 PZP (adekwatną do tzw. Procedury odwróconej) stanowi uchybienie istotne co uniemożliwia podpisanie ważnej umowy o zamówienie publiczne w konsekwencji stanowi o nieważności postępowania, stąd koniecznym było zastosowanie przez Zamawiającego art. 255 ust. 6 PZP. Tak ciężkie naruszenie proceduralne nie może się ostać w wyniku kontroli ex

post Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który to decydować może o sankcji finansowej w stosunku do Zamawiającego powstałej w konsekwencji zawarcia umowy w postępowaniu obciążonym wadą istotną. Przypomnieć należy, iż Zamawiający w ww. piśmie przywołuje regulację art. 274 ust. 1 PZP - Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zatem, dokonanie wyboru w drodze uznania ofert za najkorzystniejszą było przedwczesne i nie dające się poprzeć materiałem dowodowym znajdującym się w posiadaniu Zamawiającego. Zarzut Zamawiającego o pomyłce semantycznej lub pisarskiej nie może znaleźć uznania w świetle celowego, wielokrotnego i konsekwentnego podkreślenia iż chodzi o „Wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą” oraz „w związku z uznaniem Państwa oferty jako najkorzystniejszej”.

Jako dowód przywołać należy treść zamieszczoną na platformie komunikacyjnej zamawiającego: zamowienia@nmm.pl

Data wysłania wiadomości: 2021-09-23 16:32:57

Dzień dobry, w załączeniu korespondencja dotycząca przedmiotowego postępowania.

Z poważaniem podpis

„Data wysłania wiadomości:2021-09-23 16:37:21

Dzień dobry, przepraszam za pomyłkę. Wiadomość wraz z załącznikiem z dnia 2021-09-23, z godz.16:32:57 wysłana przez Zamawiającego przy użyciu niniejszej platformy została skierowana do Pana omyłkowo. Uprzejmie proszę o zignorowanie w/w treści.

W dniu 19 listopada 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” spółka jawna E. i J. S. ul. Gietkowska 9c/1, 10-170 Olsztyn zwany dalej „Przystępującym” wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 29 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr 1 zawarty w petitum odwołania dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania w dniu 1 grudnia 2021 r, Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu. Na posiedzeniu, Przystępujący złożył również pismo procesowe – Pisemne Stanowisko Przystępującego, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika Postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 1 września 2021 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Konserwacja, remont i modernizacja Żurawia Gdańskiego – oddziału Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku”.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dalej „SWZ” w Rozdziale XXII Zamawiający ustanowił następujące wymagania dotyczące wniesienia wadium:

1. Zamawiający wymaga od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 160 000,00 zł.
2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, tj. 22.09.2021 r., godz. 13:00 i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 pzp.
3. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących 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 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz.U. z 2019

r. poz. 310 ze zm.).

4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy zamawiającego: 31 1130 1121 0006 5623 9920 0006

z adnotacją: „Wadium - ZP/27-7/PN/2021”

W przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu, Zamawiający uzna je za wniesione skutecznie jedynie w przypadku wpływu pieniędzy na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

5. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 3 pkt 2–4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

6. Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać nieodwołalne i bezwarunkowe, na każde żądanie zgłoszone przez zamawiającego, zobowiązanie gwaranta (poręczyciela) do zapłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 pzp. Ponadto powinien być wskazany termin obowiązywania gwarancji (poręczenia), który nie może być krótszy niż termin związania ofertą.

Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie, w postaci elektronicznej, w kwocie 160 000,00 zł., którą to kwotę Gwarant zobowiązał się wypłacić Zamawiającemu. W treści gwarancji Gwarant oświadczył, iż podejmuje się *bezwarunkowo i wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu każdego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. (...)*

Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 22.09.2021 r. do dnia 20.10.2021 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.

Zgodnie z Rozdziałem X części I SWZ określającej termin związania ofertą:

Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 20.10.2021 r.

Zgodnie z Rozdziałem XXI. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

1. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

- Cena – waga 60 %

- Okres gwarancji i rękojmi – waga 40 %

2. Ocenie będą podlegały wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu.

3. Sposób obliczania wartości punktowej kryterium cena:

Według wzoru: $C = C_{min} / C_o \times 60$ pkt

gdzie:

C – liczba punktów jakie otrzyma oferta oceniana w kryterium „cena”

C_{min} – najniższa cena podana przez wykonawcę spośród wszystkich ważnych ofert

C_o – cena ofertowa podana przez ocenianego wykonawcę.

4. Sposób obliczania wartości punktowej kryterium okres gwarancji i rękojmi:

Zamawiający za zaoferowany przez Wykonawców okres gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia przyzna następującą ilość punktów:

- od 60 do 63 miesięcy: G = 10 punktów,

- od 64 do 67 miesięcy: G = 20 punktów,

- od 68 do 71 miesięcy: G = 30 punktów,

- 72 miesiące lub więcej: G = 40 punktów,

gdzie:

G – liczba punktów jakie otrzyma oferta oceniana w kryterium „okres gwarancji i rękojmi”

UWAGA! Minimalny okres gwarancji i rękojmi wynosi 60 pełnych miesięcy.

5. Ocena końcowa oferty.

Będzie to suma punktów uzyskana za kryteria określone w niniejszej SWZ. Maksymalnie Wykonawca może uzyskać 100 punktów.

$P = C + G$

gdzie:

P – łączna punktów jakie otrzyma oferta we wszystkich kryteriach. Punkty we wszystkich kryteriach będą obliczane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami

matematycznymi. Zamówienie zostanie udzielone Wykonawcy, którego oferta uzyska najwyższą łączną ilość punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach.

W postępowaniu złożono cztery oferty, w tym oferty złożone przez Przystępującego i Odwołującego zawierały odpowiednio niższe od pozostałych wykonawców, tj.

Odwołujący – 16 455 733,69 zł

Przystępujący - 16 454 666,66 zł

Obaj wykonawcy zaoferowali okres gwarancji wynoszący 72 miesiące.

Obaj wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert otrzymali po 100 pkt., tj. najwyższą możliwą do otrzymania ilość punktów.

Zamawiający pismem z dnia 14 października 2021 r. wystąpił do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 17 listopada 2021 r. informując, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Przystępujący, pismem z dnia 18 października 2021 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 17 listopada 2021 r. oraz złożył Aneks nr 1 do Gwarancji Ubezpieczeniowej wniesionej jako wadium w przedmiotowym postępowaniu, którym przedłużył ważność wadium od dnia 22 września 2021 r. do dnia 17 listopada 2021 r. włącznie (okres ważności gwarancji).

W dniu 23 września 2021 r. Zamawiający przesłał na adres mailowy Odwołującego wezwanie, które winno być skierowane do Przystępującego, zatytułowane „Wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą”.

W treści pisma, Zamawiający, w związku z uznaniem oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, zwrócił się do Przystępującego o złożenie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazanych w SWZ.

W dniu 23 września 2021 r. Zamawiający przesłał ww. wezwanie na adres mailowy Przystępującego. Zamawiający niezwłocznie poinformował Odwołującego o zaistniałej pomyłce, w wyniku której wezwanie adresowane do Przystępującego, przez pomyłkę zostało wysłane na adres Odwołującego.

W dniu 10 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. W uzasadnieniu „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej” Zamawiający wskazał, że *Oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E. S., spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, zawierając jednocześnie najniższą cenę.*

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Przystępującego i przez to naruszenie dyspozycji, wyrażonej w zasadzie, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób

nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 - mimo iż oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą, albowiem została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Aby zaistniała konieczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego, musiałaby zostać spełniona jedna z powyższych przesłanek, tj. Przystępujący nie wniósł wadium, wniósł je w sposób nieprawidłowy, nie utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium zgodnie z art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Tymczasem, wadium złożone przez Przystępującego, nie pozwala na stwierdzenie, że zaistniała którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Nie jest sporne między stronami, że Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wskazanej jako prawidłowej i dopuszczalnej w art. 97 ust. 7 pkt 3 Pzp i przywołanej w Rozdziale XXII ust. 3 pkt 3 SWZ. Gwarancja ubezpieczeniowa została złożona

w oryginale w postaci elektronicznej, zgodnie z wymogiem wskazanym w art. 97 ust.10 Pzp i przywołanym w Rozdziale XXII ust. 5 SWZ. Gwarancja została złożona przed terminem składania ofert i była ważna od dnia 22 września 2021 r. do dnia 20 października 2021 r. włącznie, zgodnie z wymaganiami SWZ. Termin końcowy ważności gwarancji został przedłużony Anekssem nr 1 do dnia 17 listopada 2021 r. Okres ważności gwarancji odpowiadał terminowi związania ofertą i przez cały okres związania ofertą był utrzymany w sposób nieprzerwany, zatem spełniony został kolejny wymóg dla wadium wniesionego w gwarancji ubezpieczeniowej. Wadium zostało wniesione w kwocie 160 000,00 zł. zgodnie z wymogiem wskazanym w Rozdziale XXII ust. 1 SWZ. W treści złożonej gwarancji została zawarta klauzula, iż Gwarant podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w gwarancji, po otrzymaniu każdego pisemnego żądania podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, co w pełni realizuje wymóg zawarty w Rozdziale XXII ust. 6 SWZ. Ponadto, Przystępujący nie złożył wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98

pkt 3.

Powyższe, w żaden sposób nie potwierdza spełnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, co z kolei skutkuje brakiem możliwości odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, jednak w żaden sposób nie wskazuje, która z wymienionych tam okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty zaistniała wobec oferty Przystępującego. Odwołujący odnosi się do całości przepisu, zawierającego cztery przesłanki odrzucenia oferty nie konkretyzując, nie potrafiąc jednoznacznie wskazać na czym polega zarzucane Zamawiającemu naruszenie, i która z przesłanek stanowiących postawę odrzucenia oferty zaistniała wobec wadium Przystępującego. Z treści odwołania nie wynika że Przystępujący nie wniósł wadium, nie wynika również że wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, czy też nie utrzymał wadium w sposób nieprzerwany do upływu terminu związania ofertą (Przystępujący nie złożył wniosku o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp), co skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego. Żadna z powyższych okoliczności nie tylko że nie została wykazana, to nawet nie została podniesiona.

Jednakże, z treści odwołania wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w oparciu o zastrzeżenia co do prawidłowości zabezpieczenia interesów Zamawiającego, które uniemożliwiłyby Zamawiającemu skorzystanie z wadium, w przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp, gdy o zaistnieniu przesłanki Zamawiający dowiedziałby się po dniu upływu terminu związania ofertą/ważności wadium. Odwołujący podkreśla, iż wadium wniesione w 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, wskazując jako przykład okoliczność skutkującą zatrzymaniem wadium, która ujawniłaby się w ostatnim dniu obowiązywania wadium, tuż przed godz. 24:00. Wówczas Zamawiający nie miał by możliwości zwrócenia się do gwaranta z żądaniem wypłaty wadium.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że powyższa argumentacja Odwołującego nie potwierdza spełnienia żadnej z przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, bowiem przepis nie daje możliwości odrzucenia oferty w okolicznościach, w których termin wniesienia roszczeń wynikających z wadium upływa
w ostatnim dniu ważności gwarancji. Odwołujący nie wskazuje, iż okoliczność do której się

odnosi stanowi brak wniesienia wadium lub wniesienia go w niewłaściwej formie, co mogłoby uzasadniać stawiany zarzut.

Ponadto, w ocenie Izby, argument, iż zapisy powyższej gwarancji w sposób niewystarczający zabezpieczają interesy Zamawiającego jest również chybiony.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- 2) wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Każda z przesłanek zatrzymania wadium jest wynikiem zawinionego zaniechania Wykonawcy w zakresie złożenia wymaganych dokumentów lub zaniechania wykonania czynności, które wykonawca winien wykonać w związku z uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą. Wskazać należy, że każde z powyższych zdarzeń następuje po czynności Zamawiającego w postaci wezwania do złożenia odpowiednich dokumentów, oświadczeń, wezwania do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy zawarcia umowy. W każdym z nich Zamawiający określił wykonawcy termin, po upływie którego można stwierdzić czy wykonawca postąpił zgodnie z wymaganiami Zamawiającego czy też nie. Natomiast brak złożenia w terminie określonym przez Zamawiającego wymaganych dokumentów, oświadczeń, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy odmowa podpisania umowy stanowi podstawę do zatrzymania wadium. Jeśli natomiast przed upływem ważności wadium ujawniłyby się okoliczności uniemożliwiające zawarcie umowy, bądź wykonawca nie mógł złożyć wymaganych dokumentów lub oświadczeń z przyczyn niezależnych od wykonawcy, to takie okoliczności nie stanowią podstawy do zatrzymania wadium.

Stanowisko Odwołującego sprowadza się do wniosku, że pomimo złożenia wadium w sposób zgodny z wymaganiami ustawy Pzp i postanowieniami SWZ, oferta wykonawcy ma zostać odrzucona (pomimo braku przesłanek odrzucenia oferty), ponieważ w ostatniej chwili ważności wadium może wystąpić okoliczność, która uzasadni zatrzymanie wadium, a Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu wadium. Stanowisko takie, w ocenie Izby nie jest zasadne, ponieważ oferta wykonawcy składającego wadium, które spełnia wszystkie wymagania ustawowe oraz określone przez Zamawiającego w treści SWZ miałyby zostać odrzucona, z powodu zaistnienia okoliczności, które nie stanowią przesłanki odrzucenia oferty, określonej w treści art. 266 ust. 1 pkt 14 Pzp. Ponadto, argumentacja Odwołującego w sposób niezasadny obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za sposób prowadzenia przez Zamawiającego procedury przetargowej. To Zamawiający wyznacza wykonawcom terminy, od których uzależnione są dalsze czynności w postępowaniu i obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowanie w taki sposób, aby wszelkie czynności w postępowaniu wykonywane zostały w terminie związania ofertą zabezpieczonym wadium, lub też aby w odpowiednim czasie wystąpić do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie tego terminu wraz z ważnością wadium. Wysoce nieprawdopodobną jest okoliczność, że Zamawiający wyznaczy wykonawcy termin na wykonanie czynności, której niewykonanie zabezpieczone jest zatrzymaniem wadium, na ostatni dzień ważności wadium, w okolicach godz. 23:00. Jednakże, jeśli taka okoliczność miałaby miejsce a Zamawiający nie zdążyłby zatrzymać wadium z uwagi na zapisy w gwarancji, to nie jest to podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy, który prawidłowo zabezpieczył interesy Zamawiającego na cały okres związania ofertą. Odpowiedzialnością za taką okoliczność należałoby obciążyć Zamawiającego a nie Wykonawcę. Zamawiający winien w taki sposób prowadzić postępowanie, aby w terminie związania ofertą i w terminie ważności wadium mógł dochodzić wszystkich należnych mu praw wynikających z wadium. Ponadto, nie można wykonawcy, który złożył wadium w sposób określony przez właściwe przepisy zarzucać zabezpieczenia interesów Zamawiającego w sposób nieprawidłowy, ponieważ to ustawodawca określiła granice prawidłowego zabezpieczenia interesów Zamawiającego, ustanawiając wymagania dotyczące wadium, a te zostały spełnione przez złożoną przez Przystępującego gwarancję ubezpieczeniową.

Niezasadne jest również twierdzenie Odwołującego dotyczące próby naprawienia przez Zamawiającego niewłaściwego stanu rzeczy w drodze wezwania do złożenia aneksu do gwarancji. Wezwanie do przedłużenia ważności wadium zostało skierowane przez Zamawiającego do wszystkich wykonawców w postępowaniu, jako konsekwencja wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Ponadto Odwołujący nie wskazuje, jaki błąd w treści wadium miałby zostać naprawiony powyższą czynnością Zamawiającego.

Odnosząc się do przywołanego w odwołaniu wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r. V Ga 328/20, to Izba podziela stanowisko Przystępującego, zgodnie z którym wyrok zapadł w poprzednim stanie prawnym, w którym prawo zamówień publicznych nie regulowało w sposób wyraźny końcowego terminu ważności wadium. Obecnie obowiązująca ustawa Pzp w art. 97 ust. 5 jednoznacznie wskazuje, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący braku załączonego do gwarancji ubezpieczeniowej pełnomocnictwa, dla osoby która gwarancję wystawiła. Wskazać należy, iż brak jest postawy prawnej do żądania pełnomocnictwa dla osoby wystawiającej gwarancję ubezpieczeniową, a ponadto Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył przepisy Pzp. Izba podziela argumentację Przystępującego zawartą w piśmie procesowym, i przywołanym tam orzecznictwie, które pomimo iż zapadło w poprzednim stanie prawnym nadal zachowuje swą aktualność, zgodnie z którym: *wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał postanowień s.i.w.z., z których wynikałby taki obowiązek. Przede wszystkim w orzecznictwie słusznie wskazuje się, że na gruncie ustawy pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję {tak w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2011 r., sygn. akt 1101/11}. Ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę zasadą jest, że czynności prawne z klientami są dokonywane za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Zarówno klient, jak i osoby postronne powinny brać pod uwagę wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca ma prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela i na odpowiednich formularzach tej instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu zaistnienia żadnych przesłanek wzruszających domniemanie, że gwarancja (...) bankowa*

została wystawiono prawidłowo.” (wyrok KIO z 14.07.2015 r., KIO 1406/15, LEX nr 1816544).

Za niezasadny Izba również uznała zarzut, iż złożona przez Przystępującego gwarancja ubezpieczeniowa zawiera nieusuwalną wadę przejawiającą się w braku wskazania w sposób wyraźny jakie są przesłanki jej wykorzystania. Izba za wystarczające w tym zakresie uznała odwołanie się w treści gwarancji ubezpieczeniowej do warunków zatrzymania wadium, określonych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, wadium wniesione przez Przystępującego zgodnie z warunkami i zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści SWZ, nie może skutkować odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, bowiem nie zaistniała żadna z przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1 PZP w drodze uprzedniego dokonania wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” sp. j. J. i E.S. i kolejno żądania od wybranego wykonawcy dokumentów podmiotowych których Zamawiający zobowiązany był żądać przed ww. czynnością, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wykazał (Dowód nr 2 z rozprawy), że pismo z dnia 23 września 2021 r. zostało skierowane do Odwołującego przez pomyłkę, ponadto pomimo błędnego tytułu i odniesienia w treści pisma do uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, nie można zgodzić się z Odwołującym, że pismo to stanowiło informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą bez dokonania jej kompleksowej oceny. Z treści pisma wynika, iż Przystępujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co nie jest równoznaczne z wyborem oferty najkorzystniejszej. Nie jest zatem prawdziwe stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym konsekwencją powyższego jest opublikowanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej bez dokonania jej kompletnej oceny.

Po pierwsze pismo zostało skierowane do Przystępującego, jedynie omyłkowo do Odwołującego – co zostało niezwłocznie wyjaśnione przez Zamawiającego, po drugie, nie stanowiło informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – pomimo zawarcia takiej informacji w treści, lecz wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, po trzecie, nie spełniało wymagań jakie Prawo zamówień publicznych w art. 253 wiąże z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Izba podkreśla, że zarzut odnosi się do czynności Zamawiającego z dnia 23 września 2021 r. a zatem w dacie 15 listopada 2021 r. został podniesiony z uchybieniem

terminu na jego wniesienie. Zgodnie z art.515 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:

- a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
- b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Izba oddaliła również zarzut naruszenie art. 248 ust. 2 Pzp w drodze nieprawidłowego i bezpodstawnego jego zastosowania w procesie wyboru wykonawcy opierając się na dyspozycji wyboru oferty z najniższą ceną lub najniższym koszcie w przypadku gdy oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, stosując go wbrew zapisom SWZ oraz niewłaściwie przytaczając zasady jego użycia w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią art. 248 ust. 2 Pzp jeżeli oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem.

W przedmiotowym postępowaniu oferta złożona przez Przystępującego jak i Odwołującego, w wyniku oceny w ramach kryterium oceny ofert otrzymały maksymalną ilość punktów tj. 100. Obaj Wykonawcy udzielili gwarancji na okres 72 miesięcy, natomiast różnica w cenach między zaoferowaną przez Przystępującego a Odwołującego była tak niewielka,

że po zaokrągleniu punktów do dwóch miejsc po przecinku, w ramach kryterium ceny obaj wykonawcy otrzymali taką samą, maksymalną ilość punktów, tj. 60.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zapisami SWZ *Zamówienie zostanie udzielone Wykonawcy, którego oferta uzyska najwyższą łączną ilość punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach*. Ponadto, Zamawiający nie wskazał w jaki sposób dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku dwóch identycznie ocenionych ofert, zatem nie mógł wybrać oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Dodatkowo Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej nieprawdziwy stan rzeczy, przywołując jako podstawę wyboru art. 248 ust. 2 Pzp.

Powyższe stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający pomimo braku odpowiednich zapisów w treści SWZ zobowiązany był do zastosowania art. 248 ust. 2 Pzp, stanowiącego ustawową regulację dla okoliczności takich jak powyższa. Nie ma również znaczenia, że konkretny zapis ustawy, przewidujący regulację danej sytuacji nie został wprost przeniesiony do zapisów SWZ, ponieważ podstawą jego obowiązywania jest to, że przepis ten jest powszechnie obowiązującym prawem i jego brak w SWZ nie powoduje utraty tego statusu.

Ponadto, postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych i mają do niego zastosowanie przepisy tej ustawy. Dodatkowo, Izba wskazuje, że informacje zawarte

w treści art. 248 ust. 2 Pzp, nie należą do katalogu obligatoryjnych elementów SWZ, wskazanych w art. 134 ust. 1 Pzp.

Niezasadne jest również stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej podał, że oferta Przystępującego uzyskała największą ilość punktów. Zauważyć należy, że Oferta Przystępującego była jedną z dwóch ofert, które uzyskały najwyższą ilość punktów, a to nie stanowi zaprzeczenia, że oferta Przystępującego uzyskała największą ilość punktów. Tym bardziej nie stanowi to naruszenia Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba oddaliła również zarzuty dotyczące naruszenia art. 16 Pzp, 17 Pzp, wskazując, iż nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszeń zarzucanych przez Odwołującego.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 18 Pzp, dotyczący naruszenia zasady jawności. Zamawiający równocześnie powiadomił wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (co Zamawiający wykazał Dowodem nr 1 z rozprawy), a pismo z dnia 23 września 2021 r. omyłkowo zostało wysłane do Odwołującego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: