

Sygn. akt: KIO 628/19

Sygn. akt: KIO 687/19

WYROK

z dnia 7 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2019 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **8 kwietnia 2019 r.** przez wykonawcę **Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń** (sygn. akt: KIO 628/19)
- B. w dniu **15 kwietnia 2019 r.** przez wykonawcę **Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń** (sygn. akt: KIO 687/19)

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**

przy udziale:

- A. wykonawcę **Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM”, ul. Grunwaldzka 18a, 85-077 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 628/19**, sygn. akt: **KIO 678/19** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym postępowaniem przetargowym w związku z brakiem odpowiednich zapisów w statucie Stowarzyszenia, z uwagi na jego wycofanie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

1B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 687/19 w całości i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 10 kwietnia 2019 r. odrzucenia oferty Odwołującego: Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń.

2. kosztami postępowania obciąża Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń i Województwo Kujawsko-Pomorskie, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od **Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń** na rzecz **Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 628/19

Sygn. akt: KIO 687/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Pełnienie funkcji inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Młyn Kultury - Przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku magazynowego przy ul. Kościuszki 77 w Toruniu na budynek użyteczności publicznej”*, sygnatura nr WZP.272.7.2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 513455 - N - 2019, data zamieszczenia 13.02.2019 r. przez Województwo Kujawsko-Pomorskie, ul. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń zwane dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 03.04.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Stowarzyszenia Kujawsko-Pomorskiego Centrum Edukacji Prawno - Obywatelskiej „PUBLICORUM”, ul. Grunwaldzka 18a, 85-077 Bydgoszcz zwanego dalej: *„Stowarzyszenia Kujawsko-Pomorskiego Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM”*” albo *„Przystępującym”*. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Inwest-Bud Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 60A, 87-100 Toruń zwanej dalej: *„Inwest-Bud Sp. z o.o.”*: albo *„Odwołującym”*.

W dniu 10.04.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował z kolei o odrzuceniu oferty Inwest-Bud Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy - Wykonawca dołączył do oferty skan ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Na wykonawcy, jako podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia działającym profesjonalnie i zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży obowiązek złożenia oferty oraz innych wymaganych dokumentów, zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zgodnie z zapisem działu VII SIWZ Zamawiający wymagał od Wykonawców w przypadku złożenia wadium w formie innej niż pieniądź - oryginał dokumentu. W przedmiotowej sprawie Wykonawca przedłożył do samej oferty kserokopie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG51/0381/19/0001 a w osobnej kopercie wydruk skanu tejże gwarancji. Zgodnie z wyrokiem KIO z 24.08.2017 r. (KIO 1634/17) *„W odniesieniu do gwarancji wadialnej (...) wykonawca zobowiązany jest do złożenia zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert..”*,

jak i wyrokiem z 18.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2172/11: „*złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowiło o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego w tej formie. Zdaniem składu orzekającego, złożona kserokopia stanowi jedynie potwierdzenie przyjęcia zobowiązania przez gwaranta spełnienia świadczenia na rzecz podmiotu uprawnionego, wskazanego w treści gwarancji, nie stanowi jednak o wypełnieniu obowiązku złożenia (wniesienia) wadium zamawiającemu. Istnienie jednostronnego zobowiązania banku stwierdzone zostało na piśmie, a zatem jedynie oddanie zamawiającemu w posiadanie pisemnego zobowiązania stanowiłoby o skutecznym jego wniesieniu. Z istoty gwarancji bankowej wynika, iż jest ona wystawiana na rzecz beneficjenta, w celu zabezpieczenia jego roszczeń, a zatem dokument stwierdzający istnienie zobowiązania do wypłaty kwoty wadium powinien być w dyspozycji podmiotu uprawnionego w treści gwarancji do dochodzenia świadczenia od zobowiązanego. Złożenie kserokopii dokumentu nie stanowi dowodu wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej potwierdzonej pismem, które w takiej sytuacji nadal pozostaje w dyspozycji wykonawcy, co może utrudniać dochodzenie wypłaty świadczenia od gwaranta (np. w przypadku zwrotu dokumentu gwarantowi). Przyjęcie, jako właściwej formy wniesienia wadium - złożenie Zamawiającemu kserokopii gwarancji bankowej, pozostawiałoby niepewność co do istnienia zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą. Zamawiający musi mieć gwarancję stałości stanu zabezpieczenia oferty wadium, co wymaga dysponowania przez zamawiającego oryginałem dokumentu.*

Ponadto, taki sposób wniesienia wadium uniemożliwiłoby dokonanie zwrotu przez zamawiającego dokumentu wykonawcy, pozostającego w jego dyspozycji. Okoliczność ta podnoszona jest jedynie w celu wykazania spójności przepisów ustawy dotyczących wadium. Skoro wadium ma pozostawać w dyspozycji zamawiającego, to zaprzeczeniem tego stanu byłoby dopuszczenie składania kopii gwarancji bankowej”. Również orzeczenie KIO z 23.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1883/14, wskazuje że: „Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiana na zlecenie wykonawcy, ale przez podmiot trzeci, jakim jest towarzystwo ubezpieczeniowe a skierowana jest do zamawiającego, jako beneficjenta. Z tych względów musi być złożona zamawiającemu w wyznaczonym terminie w formie pisemnego oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego.”. W konsekwencji brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione”. Jediną kopię jaką Zamawiający dopuszcza w swoich zapisach to kopia dokumentu potwierdzającego dokonanie przelewu wadium, wnoszonego w pieniądzu. W pozostałym zakresie Zamawiający wymaga złożenia oryginału dokumentu. Co istotne i wielokrotnie przejawia się w piśmiennictwie i wymaga w tym miejscu podkreślenia, to fakt, że czynność wniesienia wadium nie podlega

konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna (wyrok KIO z 19.01.2012 sygn. akt KIO 63/12, KIO 66/12, wyr. KIO z 13.10.2017 sygn. akt: KIO 2023/17).

Dotyczy odwołania o sygn. akt: KIO 628/19:

W dniu 08.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Inwest-Bud Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 03.04.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 07.04.2019 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu zaniechanie następujących czynności:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty oferenta pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie i złożenie z naruszeniem zasad reprezentacji stowarzyszenia oraz brak możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie będącej przedmiotem zamówienia,

2. Braku weryfikacji prawdopodobnego podania przez oferenta informacji wprowadzających w błąd zamawiającego przez oferenta mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego o udzielenie zamówienia. Stwierdził że niniejsze zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

a) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc i w zw. z art. 78 § 1 kc oraz w zw. z art. 98 i 99 § 1 kc

b) art. 24.1.17) Pzp w zw. z art. 24.aa.1 Pzp oraz art. 26.1.2f Pzp

c) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 6. Wnosił o:

1. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej

2. Powtórzenie badania i oceny ofert

3. Odrzucenie oferty złożonej przez Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM” jako nieważnej

4. Uznanie, że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

W trakcie przetargu Odwołujący dokonał przeglądu oferty złożonej przez Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM”. Cena oferty wynosi kwotę 249000,00 zł. Oferta została podpisana jednoosobowo przez Prezesa Zarządu Stowarzyszenia Pana M. T. . Odwołujący pismami z 03.03.2019 r. oraz z 19.03.2019 r. (*odpowiednio dowód 1 i 2*) podniósł wątpliwość możliwości uczestnictwa przez Stowarzyszenie „PUBLIKORUM” w związku z możliwym brakiem możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym postępowaniem przetargowym w związku z brakiem odpowiednich zapisów w statucie Stowarzyszenia (*dowód 3 i 4: odpis pełny z Rejestru Stowarzyszeń KRS oraz Rejestru Przedsiębiorców KRS*). Zamawiający zaniechał sprawdzenia podniesionych wątpliwości. Odwołujący podniósł również w piśmie z 19.03.2019 r. wątpliwość dotyczącą zapisu statutu obowiązku składania

oświadczenia woli dwóch członków zarządu przy zobowiązaniach przekraczających 20 000,00 zł (zapisy w oby rejestrach KRS dotyczących Stowarzyszenia). Kwota oferty Stowarzyszenia wynosi 249 000,00 zł, a więc przekracza 20 000,00 zł, co w świetle informacji z odpisu z obu Rejestrów KRS wymaga podpisu dwóch członków zarządu. Na żądanie Zamawiającego przedstawienia pełnomocnictwa udzielonego Prezesowi Stowarzyszenia dla możliwości oświadczenia woli przez Prezesa Stowarzyszenia zamiast dwóch członków zarządu w podpisaniu oferty stowarzyszenia w przetargu, wiceprezes Zarządu Pani H. P. udzieliła w piśmie bez daty adresowanym do Zamawiającego, pełnomocnictwa Prezesowi do reprezentowania Stowarzyszenia w niniejszym postępowaniu przetargowym. Na tym piśmie złożony został nieczytelny podpis, który czyni niemożliwym utożsamienia go z osobą Pani V-ce Prezes H. P. . Oznacza to, że udzielone pełnomocnictwo jest wadliwe. Zdaniem Odwołującego skutkuje to podpisaniem oferty przez osobę nieuprawnioną, co winno skutkować odrzuceniem oferty przez Zabawiającego.

Stanowisko Odwołującego potwierdza treść wyroku z 03.04.2014 r., sygn. akt: KIO 630/14. W orzecznictwie SN poczynawszy od uchwały z 30.12.1993 r. (III CZP 146/93, OSNC 1994 nr 5, poz. 94.) można mówić o utrwalonej linii orzeczniczej, zgodnie z którą podpis winien zasadniczo wyrażać co najmniej nazwisko, choć nie musi być w pełni czytelne ani w pełnym brzmieniu; podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora przez cechy indywidualne i powtarzalne. Późniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego wielokrotnie odwoływało się do powołanej uchwały (postanowienie z 17.06.2009 IV CSK 78/09, wyrok z 08.05.1997 r., II CKN 153/97; wyrok z 08.03.2012 r., III CSK 209/11, LEX nr 1168545; wyrok z 24.06.2009 r., I CSK 447/08). Także przegląd wypowiedzi doktryny (Przełęcz Sądowy 2008, Nr 5 s. 49-69) pozwala na wniosek aprobaty poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z 30 grudnia 1993 r. Wskazuje się zatem, że aczkolwiek podpis nie musi być całkiem wyraźny (odpowiadać zasadom kaligrafii) a nazwisko może być nieco skrócone (gdyż pomijanie niektórych liter, zwłaszcza samej końcówki nazwiska, jest w praktyce obrotu prawnego dość powszechne), to jednak podpis musi wyglądać tak, żeby kaidy znający nazwisko wystawcy mógł je bez trudu odczytać. Podpis winien zatem obejmować co najmniej nazwisko i jednocześnie stwarzać możliwość jego odczytania każdemu, kto nazwisko to zna - zatem nie może być uznany za podpis daleko idący skrót nazwiska lub znak graficzny wykonany jego ręką (A. Szpunar [w:] Komentarz do prawa wekslowego i czekowego, W-wa 2003, s. 60; A. Szpunar, Spór o podpis no testamentie własnoręcznym, NP 1980, nr 9, s. 12 i n.; M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski, KC. Komentarz, Warszawa 2005, t. II, s. 961, podobnie Z. Radwański, Elektroniczna forma czynności prawnej, MOP 2001, nr 22, s. 1108, tenże, [w:] System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2002, s. 125-126 oraz odnośnie czytelności podpisu A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski, KC. Komentarz, W-wa 2005, t. I, s. 351, K. Górsko, jw., s. 134-135). Pogląd taki prezentują

także autorzy komentarzy kodeksu postępowania cywilnego wskazując, że własnoręczny podpis powinien nosić indywidualne cechy, utrudniające podrobienie, ale i powtarzalne, pozwalające odróżnić go od innych. Zaznaczenie liter powinno umożliwić utożsamienie z nazwiskiem podpisującego, nie wystarczy więc nieczytelna parafa, samo imię lub inicjały. Za konieczny uznaje się wymóg by podpis składał się z liter, a nie innych znaków i by pozwalały one na przyporządkowanie ich do nazwiska (K. Kołakowski, [w:] Piasecki, KPC Komentarz do art. 1-505¹⁴, wyd. 4, W-wa 2006, s. 510-511; M. Jędrzejewska [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza, Postępowanie rozpoznawcze, Część druga, Postępowanie zabezpieczające, red. T. Ereciński, t. 1, W-wa 2006, s. 329). Przedłożone do odwołania dwa odpisy z KRS dotyczące Stowarzyszenia PUBUKORUM nie zawierają żadnych informacji ze statutu o możliwości wykonywania rodzaju działalności objętej niniejszym przetargiem. Pozwala to na stwierdzenie, że jako podmiot dla którego działalność gospodarcza jest działalnością pomocniczą nie może wykonywać funkcji Inżyniera Kontraktu określonej w SIWZ niniejszego postępowania. Można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że Stowarzyszenie nie ma żadnego doświadczenia w wykonaniu tego typu usługi.

Drugi zarzut dotyczy możliwości podania nieprawdziwych danych wprowadzających Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na ocenę ofert. Przyjętym przez Zamawiającego jednym z dwóch kryteriów oceny ofert jest doświadczenie osoby wyznaczonej na koordynatora projektu w realizacji i rozliczania środków finansowych obiektów o wartości co najmniej 3 mln zł brutto, z udziałem środków unijnych. Stowarzyszenie „PUBLIKORUM” wykazało dla doświadczenia koordynatora projekt „*Wzmacnianie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od oczyszczalni ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły*”. Oferent podał wartość projektu 3 079 687, 51 zł. Inwestycję tą nadzorowała firma Qadra Polska posiadająca taki sam adres jak Stowarzyszenie PUBLIKORUM - Grunwaldzka 18A, 85236 Bydgoszcz. Wykazane na stronie internetowej tej firmy zestawienie referencji tej firmy informuje o wartości 2, 7 mln zł w/w inwestycji (dowód 5). Ta informacja tworzy wątpliwości co do kwoty dotyczącej tej inwestycji wykazanej w ofercie Stowarzyszenia PUBLIKORUM. Zamawiający nie dokonał weryfikacji kwot wykazanych przez Stowarzyszenie dotyczących realizowanych zadań przez koordynatora, nie żądał przedstawienia referencji. Przyjmując, że wartość inwestycji w Kapuściskach wynosi poniżej 3 mln zł, Stowarzyszenie PUBLIKORUM uzyskałoby o 20 pkt mniej - 80 pkt, a najwyższą ocenioną ofertą byłaby oferta odwołującego - 91,64 pkt.

Zamawiający w dniu 09.04.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.04.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Stowarzyszenia Kujawsko-Pomorskiego Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Dotyczy odwołania o sygn. akt: KIO 687/19:

W dniu 15.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Inwest-Bud Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 10.04.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 14.04.2019 r. (e-mailem). Zamawiającemu *zarzucił* działanie niezgodne z przepisami ustawy i innych przepisów prawa poprzez:

1. odrzucenia oferty Odwołującego pomimo wcześniejszego dokonania oceny oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. niejasnego i pokrętnego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z pominięciem częściowo stanu faktycznego.

Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1. art 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14.1 Pzp i w zw. z art 89 ust 1 pkt 7b Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 KC,
2. art. 92 ust. 1 pkt.1 i 3 Pzp w zw. z art.14 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 58 § 1 KC.

Mając na względzie powyższe wniósł o:

1. Uchylenie czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako nieważnej z mocy prawa,
2. Uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z wadliwym uzasadnieniem tej decyzji przez Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ: *„wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy - Wykonawca dołączył do oferty skan ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium”*. W uzasadnieniu odrzucenia oferty przytoczył fragment uzasadnienia z wyroku KIO z 12.08.2017 r. sygn. akt: KIO 1634/17 w którym stwierdził, że: *„złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowiło o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego w tej formie”*. Ponadto przytoczył wyroki KIO 1833/14 oraz kilka innych dotyczących braku konwalidacji wadliwej czynności wniesienia wadium. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu Odwołujący podnosi, że pominął on fakt, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło po wyborze najkorzystniejszej oferty oraz po dokonanej w ciągu trwającej 1 miesiąc procedury oceny

ofert, w tym Odwołującego sklasyfikowanego na drugim miejscu. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców m.in. o podmiotach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, o braku równoważności lub spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Podaje przy tym uzasadnienie faktyczne i prawne. Z treści przytoczonej regulacji wynika, że zamawiający informuje wszystkich wykonawców o odrzuconych ofertach niezwłocznie po podjęciu decyzji w tym zakresie, nie zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odrzucenie oferty winno nastąpić na etapie postępowania poprzedzającym ocenę ofert. Wszystkie dalsze czynności są wówczas podejmowane przy uwzględnieniu odrzucenia oferty tj. jeżeli odrzuceniu podlega najtańsza oferta, wówczas "ranking ofert" jest tworzony przy uwzględnieniu oferty mniej korzystnej cenowo, co może mieć niewątpliwie wpływ na ocenę wszystkich ofert. Bardzo istotną sprawą dla rozstrzygnięcia sprawy granicznego momentu odrzucenia oferty jest zdefiniowanie momentu zakończenia postępowania o zamówienie publiczne. W doktrynie i orzecznictwie istnieje rozbieżność co do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony prezentowany jest pogląd, że kończy się ono z chwilą zawarcia umowy z wykonawcą. Z drugiej zaś wskazuje się, że tym momentem jest już dzień wyboru najkorzystniejszej oferty. Ramy czasowe postępowania w szczególności w zakresie dnia, w którym następuje jego zakończenie, nie są jednoznaczne. Wiele orzeczeń określa ten termin na chwilę wyboru najkorzystniejszej oferty, inne na moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. W uchwale SN z 17.10.2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) uznano, że art. 2 pkt 7a Pzp nie określa wprawdzie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że następuje to z chwilą zawarcia umowy z wykonawcą. W jednym z najnowszych wyroków KIO tj. z 9 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 338/17), wskazano, że *„praktyka orzecznicza wypracowała zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo - w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp - z chwilą unieważnienia postępowania”*. Izba uznała, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. Zdaniem KIO brak jasnego określenia w ustawie terminu zakończenia postępowania o udzielenia zamówienia wynikał raczej z przyczyn obiektywnych, gdyż w zależności od stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe precyzyjne określenie dla wszystkich postępowań i trybów udzielania zamówienia jednego terminu.

Zgodnie natomiast z innym stanowiskiem zakończenie postępowania następuje po wyborze najkorzystniejszej oferty, wynegocjowaniu warunków umowy, jak również unieważnieniu postępowania. Wielu zamawiających - jak się zdaje - opiera się także na opinii UZP (z 17 maja 2010 r.), *„Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*

a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)”, w której Urząd stwierdził, że:

- „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi czynność prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegającą ocenie według reguł prawa cywilnego tj. nie stanowi „czynności w postępowaniu”. Za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznaje się w niej chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilę wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego” oraz
- „Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, iż zawarcie umowy, jako czynność podejmowana po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mająca na celu nawiązanie stosunku prawnego (zaciągnięcie zobowiązania) z wykonawcą wyłonionym w wyniku zakończonego postępowania, nie rodzi po stronie osoby podpisującej umowę obowiązku złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia, o którym mowa w art. 17 ust 2 ustawy PZP

Podobne stanowisko wyraził UZP w opinii: „Niezachodzenie obowiązku złożenia oświadczenia w przedmiocie wyłączenia na podstawie art. 17 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez osobę podpisującą umowę w sprawie zamówienia publicznego”, w której stwierdził, że „w konsekwencji, podpisanie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu, lecz następstwo postępowania zakończonego wyborem oferty wykonawcy, z którym umowa jest podpisywana. Tym samym, osoba, która wyłącznie podpisuje umowę w sprawie zamówienia publicznego nie jest zobowiązana do złożenia oświadczenia na podstawie art 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Do zagadnienia złożenia przez osobę, która wyłącznie podpisuje umowę w sprawie zamówienia publicznego, pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, odniosła się również Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w orzeczeniu z 14 kwietnia 2011 r. (BDF1/4900/15/17-18/RN-6/11/840). Stwierdziła w nim, że: „w pełni podziela pogląd zaprezentowany w opinii wydanej przez Prezesa UZP, zgodnie z którym obowiązek złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia, o którym mowa w art. 17 ustawy PZP, nie dotyczy osób podpisujących umowę w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek złożenia takiego oświadczenia w świetle wyraźnego brzmienia przepisów art. 17 ust 1 ustawy PZP związany jest bowiem jedynie z faktem wykonywania czynności w postępowaniu, a jak już wyżej skazano, zawarcie umowy nie jest czynnością w postępowaniu”.

Odwołujący jest zwolennikiem stanowiska, że zakończenie postępowania następuje po wyborze najkorzystniejszej oferty i sporządzeniu protokołu, wynegocjowaniu warunków umowy, jak również unieważnieniu postępowania. Z tego stanowiska wynika jasno, że czynność odrzucenia oferty nie może być czynnością następczą wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Biorąc pod uwagę drugie stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego wniosek jest taki sam, gdyż czynność podpisania umowy jest następną po wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Odnosząc się do zarzutu rzekomego nie wniesienia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, Odwołujący stwierdza, że Zamawiający kilkakrotnie zmieniał termin składania ofert co spowodowało, że w załącznikach do protokołu z wyboru najkorzystniejszej oferty znajdują się oprócz gwarancji ubezpieczeniowej aneksy przedłużające termin jej obowiązywania, stanowiące integralną część gwarancji, co pominął Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, aneksy z dnia 25.02.2019 r., 01.03.2019 r. oraz z dnia 02.04.2019 r. tj. aneks przedłużający termin związania z ofertą na wniosek Zamawiającego do 10.05.2019 r. Odwołujący podnosi, że przedstawił do koperty gwarancję ubezpieczeniową wraz z aneksem zmieniającym termin jej obowiązywania otrzymane od ubezpieczyciela i bezpośrednio przekazał Zamawiającemu. W powstałej sytuacji Odwołujący kwestionuje ustalenia Zamawiającego dotyczące gwarancji ubezpieczeniowej. Niezależnie od tego Odwołujący kwestionuje uzasadnienie dotyczące rzekomego nie wniesienia wadium. Wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy będzie, gdy wykonawca złoży wraz z ofertą dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie innej niż w pieniądzu, przewidzianej w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, jeżeli gwarancja lub poręczenie nie będzie bezwarunkowe (np. jeżeli gwarant uzależni zapłatę sumy gwarancyjnej od dokonania czynności sprawdzających, które mają wykazać zasadność żądania beneficjenta (zamawiającego), to takie żądanie nie odpowiadałoby wymogom co do jej bezwarunkowości).

Wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione (KIO/UZP 537/08 i KIO/UZP 62/09). Gwarancja przedkładana jako wadium w postępowaniu o zamówienie publiczne musi zatem mieć postać gwarancji bezwarunkowej. Wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy będzie również, gdy wykonawca wniesie wadium w formie innej niż określona w art. 45 ust. 6 Pzp.

W wyroku z dnia 17.10.2013 r., KIO 2362/13 KIO stwierdziła, że *„Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych - akcjach, obligacjach, czekach czy innych. Nie może także Wykonawca dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa PZP takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek*

potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498-505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium, dokonując potrącenia własnej wierzytelności, wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia. Wadium nie jest bowiem (...) należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sędownie, jak i nie ma ono charakteru realnego „Wniesienie wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej, jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury (...) również nie może być uznane, jako właściwa forma wniesienia wadium” (wyrok SO w W-wie z 10.12.2002 r., V Ca 1642/02),

Za prawidłowe wniesienie wadium uznaje się wniesienie wadium nie tylko w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie lub uzyskanie kwoty wadium) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a (znowelizowany) i 5 Pzp. Wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy będzie zatem, gdy z treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie innej niż w pieniądzu, określonej w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, nie będzie wynikać bezwarunkowa zapłata kwoty wadium na rzecz zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest natomiast konieczne zamieszczenie w treści gwarancji lub poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, wprost przepisów art. 46 ust. 4a i 5 Pzp (wyroki o sygn. akt: KIO 2227/13; KIO 2229/13).

Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji lub poręczeń jest możliwe przez opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty, lub odesłanie do przepisów art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, a także przez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych w prawie zamówień publicznych. W przypadku gwarancji wystawianych w języku obcym mogą się znaleźć różne sformułowania wynikające z niuansów danego języka. Jednak gwarancja wciąż musi obejmować okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Treść gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać przytoczenia brzmienia art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, natomiast musi obejmować wszystkie sytuacje uregulowane w tych przepisach. Istotne jest natomiast, czy z treści gwarancji lub poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 1 pkt 2-5 Pzp zamawiający będzie się mógł zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Określenie warunków zapłaty wadium w sposób węższy aniżeli warunki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, powoduje, że wadium nie może być uznane za prawidłowo wniesione. Treść gwarancji ubezpieczeniowej w pkt 4 i 5 stwierdza, że ubezpieczyciel zapłaci Beneficjentowi (Zamawiającemu) na pisemne żądanie

kwotę 10000 zł i nie warunkuje jej posiadaniem przez Zamawiającego oryginału gwarancji ubezpieczeniowej. Oznacza to pełne zabezpieczenie interesu Zamawiającego wynikającego z ustanowienia wadium. Odwołujący podnosi, że pismem z dnia 28.03.2019 r., Zamawiający uznając wadium za złożone prawidłowo, zwrócił się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania z ofertą oraz wadium do 10.05.2019 r., narażając Odwołującego na zbędne koszty w sytuacji późniejszego odrzucenia jego oferty.

Kontynuując polemikę z Zamawiającym w zakresie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, Odwołujący podnosi wady decyzji, która nie spełnia ustawowych kryteriów dotyczących jej treści i formy. Obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym także w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przewidziane w przepisach PZP obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Powyższe obrazują tezy wyroków KIO, przykładowo:

1. *„Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym”* (wyrok KIO z 25.05.2015; sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15),
2. *„Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach”* (wyrok z 20.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1429/15),
3. *„Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia*

o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej" (wyrok z 19.05.2014 r., sygn. akt: KIO 866/14),

4. „Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie" (wyrok z 30.04.2013 r., sygn. akt: KIO 918/13),

5. „Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami PZP przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach" (wyrok z 05.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2503/11).

W wyroku z dnia 06.03.2017 r., sygn. akt: KIO 351/17, KIO zwróciła uwagę, że „Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak; aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu. Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego." Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy

o losach jego oferty, ale wytlumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny" (tak w wyroku KIO z 17.06.2015 r. sygn. akt: 1117/15; podobnie w wyrokach KIO z 11.05.2015 r., sygn. akt: KIO 885/15, z 10.07.2014 r. sygn. akt: KIO 1316/14, z 09.09.2014 r. sygn. akt: KIO 1745/14, z 17.10.2014 r, sygn. akt: KIO 2028/14, wyrok KIO z 17.10.2014r.).

Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie 0406/08 Uniplex: *„W tym względzie należy przypomnieć; że zgodnie z art. 1 ust 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.*

Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów."

Biorąc pod uwagę przedstawione stanowisko zawarte w judykaturze Odwołujący podnosi, iż uzasadnienie o odrzuceniu oferty zawiera sprzeczne stwierdzenia jest niespójne oraz niejasne. Przede wszystkim Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył skan ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Oznacza to, że Odwołujący złożył z ofertą na nośniku plików plik komputerowy obrazu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący stwierdza, że dopuszczalne jest w szczególnych sytuacjach załączenie w przetargu nieograniczonym skanu dokumentów zabezpieczonych podpisem elektronicznym, ale w niniejszym postępowaniu odwołujący tego nie zrobił. W innym miejscu Zamawiający podniósł, że Odwołujący złożył w ofercie kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący stwierdza, że faktycznie dołączył do oferty kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej opatrzonej podpisem za zgodność przez Prezesa Odwołującego, ale uczynił to zgodnie z zapisem pkt VII ust. 4 SIWZ. Zamawiający przytoczył również w celu wyjaśnienia zasadności fragmenty wyroków KIO dotyczące gwarancji bankowych, które mają potwierdzić wadliwe złożenie wadium przez Odwołującego.

Odwołujący podnosi, że gwarancja ubezpieczeniowa nie może być porównywana do gwarancji bankowej i przyjęcie wywodu opartego na gwarancji bankowej dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej może wprowadzić oferenta w błąd. Zamawiający nie wytłumaczył w uzasadnieniu odrzucenia faktu oceny oferty Odwołującego i powiadomieniu pisemnym o ocenie oferty na drugim miejscu. Niezależnie od tego Odwołujący uczestniczył w dwóch wcześniejszych przetargach na realizację tej inwestycji i mając dwukrotnie najniższą cenę mógł te przetargi wygrać, lecz Zamawiający dwukrotnie je unieważnił. Biorąc pod uwagę opisaną okoliczność oraz fakt odrzucenia oferty po odwołaniu od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego wobec Odwołującego zasady równego traktowania.

Zamawiający w dniu 16.04.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.04.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Stowarzyszenia Kujawsko-Pomorskiego Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej „PUBLICORUM” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. W wypadku pierwszego odwołania, Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia. W wypadku drugiego odwołania, Odwołujący, tzn. jego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia się zarzutów oferta zostanie przywrócona do postępowania i będzie podlegała klasyfikacji i ocenie jako ważna oferta złożona w postępowaniu. Kwestie też należy również rozpatrywać w kontekście pierwszego odwołania, przy czym ma to miejsce na moment złożenia drugiego odwołania, tj. 15.04.2019 r.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19, sygn. akt: KIO 687/19 oraz oryginalną dokumentację pobraną od Zamawiającego protokolarnie na czas wydania orzeczenia i sporządzenia uzasadnienia, w tym w szczególności treści postanowień SIWZ oraz wszystkich pozostałych oświadczeń oraz dokumentów przywołanych i wskazanych w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia w obu sprawach (dotyczy zwłaszcza ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z 25.02.2019 r., aneksu nr 1 z 01.03.2019 r. oraz aneksu nr 2 z 04.03.2019 r. /kopii oraz egzemplarzy złożonych jako oryginały zgodnie z pobraną oryginalną dokumentacją/, jak i oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 15.03.2019 r., informacji e-mailową z 19.03.2019 r., stosownego uzupełnionego pełnomocnictwa – dwie strony /data na prezentacji „na pierwszej stronie po jej prawej stronie”/ przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie co miało miejsce 20.03.2019 r., wykazanego przez Przystępującego w ramach oferty punktowanego doświadczenia w ramach wypełnionego wykazu według wzoru stanowiącego nr 7 do SIWZ: „Informacje do oceny oferty – kryterium – doświadczenie”, wyboru oferty najkorzystniejszej z 03.04.2019 r., jak i czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 10.04.2019 r.).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19 załączony przez Odwołującego do odwołania:

- 1) pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego z 05.03.2019 r.,
- 2) pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego z 19.03.2019 r.,
- 3) odpis pełny z Rejestru Stowarzyszeń KRS Przystępującego,
- 4) odpis Rejestru Przedsiębiorców KRS Przystępującego,
- 5) wydruk ze strony internetowej zestawienie referencji firmy Qadra Polska (cztery strony).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19 przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- umowę o dofinansowanie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Projektu Unijnego: „*Wzmocnienie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od Oczyszczalni Ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły*” wraz z aneksem nr 1, nr 2 oraz nr 3 między Zamawiającym, tj. Województwem Kujawsko – Pomorskim, które koordynowało przekazanie środków finansowych unijnych bezpośrednio na rzecz Beneficjenta.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19 załączone przez Przystępującego do pisma procesowego:

- 1) kopie tekstu jednolitego wyciągu statutu stowarzyszenia, tj. Przystępującego,
- 2) odpis KRS z 09.04.2019 r.,
- 3) kopie pełnomocnictwo (składającego się z dwóch stron) z prezentatą 20.03.2019 r. (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej lewej stronie”),
- 4) wydruk ze strony CHEMWik Sp. z o.o. <http://www.chemiwick.pl/2-info/12> w zakresie informacji co do wartości projektu unijnego: „Wzmocnienie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od Oczyszczalni Ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły”,
- 5) kopia aneksu nr 3 z 31.03.2016 r. do umowy o dofinansowanie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Projektu Unijnego: „Wzmocnienie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od Oczyszczalni Ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły” pomiędzy CHEMWik Sp. z o.o. a Województwem Kujawsko - Pomorskim

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19 przedłożone przez Odwołującego na rozprawie:

- kopie dwóch pełnomocnictw – pierwszego zeskanowanego podczas wglądu 04.04.2019 r. w dokumentację Zamawiającego (jedna strona), drugie otrzymane w dniu dzisiejszym na posiedzeniu wraz z pismem procesowym Przystępującego – złożone celem weryfikacji przez skład orzekający Izby (dwie strony).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę oba odwołania, przystąpienia, pisma procesowe Przystępującego w obu sprawach złożone na posiedzeniu, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 628/19:

Inwest-Bud Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc i w zw. z art. 78 § 1 kc oraz w zw. z art. 98 i 99 § 1 kc,
- b) art. 24.1.17) Pzp w zw. z art. 24.aa.1 Pzp oraz art. 26.1.2f Pzp,
- c) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania w zakresie podpisania oferty Przystępującego w sposób niezgodny z zasadami

reprezentacji wynikającym z odpisu z KRS-u, kwestie uzupełnionego pełnomocnictwa na wezwanie z 15.03.2019 r., co miało miejsce 20.03.2019 r., jak i przywołanego punktowanego a zakwestionowanego doświadczenia wykazanego przez Przystępującego, ale także pisma procesowego Przystępującego. Nadto, Izba przywołuje postanowienia SIWZ z Rozdz. XIV - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT : „ (...)

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

| | Nazwa kryterium | Waga kryterium w ocenie |
|--|--|-------------------------|
| | Cena oferty - C | 60 % |
| | Doświadczenie koordynatora projektu uwzględniające bezpośredni kontakt Koordynatora z Instytucją Pośredniczącą/Zarządzającą, w obsłudze i rozliczaniu projektów inwestycyjnych, finansowanych ze środków Unii Europejskiej, o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł każdy z projektów - D | 40 % |

2. Oceny dokonywać będzie trzech merytorycznych członków komisji przetargowej, stosując zasadę, iż oferta nieodrzucona, która otrzymała najwyższą liczbę w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia (suma uzyskanych punktów) jest ofertą najkorzystniejszą. Ocena ofert zostanie dokonana przy zastosowaniu wzoru:

$$E = C + D \text{ Gdzie:}$$

E - łączna liczba punktów jakie uzyskała oferta C - liczba punktów w kryterium cena Ś - liczba punktów w kryterium doświadczenie

2.1 Punkty za kryterium „cena” zostaną obliczone wg następującego wzoru:

$$C = C_n : C_b \times 60 \% \text{ (waga kryterium)} \times 100 \text{ Gdzie:}$$

C_n - najniższa cena oferty brutto C_b - cena brutto oferty badanej

Końcowy wynik powyższego działania zostanie zaokrąglony do 2 miejsc po przecinku.

2.2 Punkty za kryterium „doświadczenie koordynatora projektu w realizacji projektów inwestycyjnych finansowanych ze środków Unii Europejskiej w kwocie co najmniej 3.000.000,00 zł każdy z projektów” - wskaźnik D- wg poniższych zasad:

2.2.1. Zamawiający będzie przyznawał punkty w zakresie doświadczenia koordynatora, który będzie pełnił funkcję koordynatora projektu, posiadającego wykształcenie wyższe.

Doświadczenie koordynatora, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty dotyczy pełnienia funkcji koordynatora projektu, uwzględniające bezpośredni kontakt Koordynatora z Instytucją Pośredniczącą/Zarządzającą, w obsłudze i rozliczaniu projektów inwestycyjnych, finansowanych ze środków Unii Europejskiej, o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł każdy z projektów. Punkty będą przyznawane za każdy wykonany projekt, który obejmował będzie wskazany wyżej zakres. Wykonawca zobowiązany jest w formularzu oferty do złożenia oświadczenia odnośnie doświadczenia - koordynatora projektu.

2.2.2. Punkty za kryterium „doświadczenie” zostaną przyznane na podstawie złożonego przez Wykonawcę wykazu, którego wzór stanowi załącznik nr 7 do SIWZ.

2.2.3. W tym kryterium Wykonawca może otrzymać max. 40 pkt. Punktacja będzie przyznawana w następujący sposób:

| Deklarowane w ofercie doświadczenie koordynatora projektu uwzględniające bezpośredni kontakt Koordynatora z Instytucją Pośredniczącą/Zarządzającą, w obsłudze i rozliczaniu projektów inwestycyjnych, finansowanych ze środków Unii Europejskiej, o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł każdy z projektów | Punktacja (pkt) |
|--|-----------------|
| 1 projekt | 10 |
| 2 projekty | 20 |
| 3 lub więcej | 40 |

Zamawiający nie będzie przyznawał punktów częściowych. Oznacza to, że Wykonawca może w ramach tego kryterium otrzymać odpowiednio 10 albo 20 albo 40 pkt.

3. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą końcową ocenę oferty.

4. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach.

5. Zamawiający poprawi omyłki zgodnie z przepisami określonymi w art. 87 ustawy Pzp. O poprawieniu oczywistych omyłek zamawiający powiadomi wykonawcę, którego oferta została

poprawiona. Wykonawca, w którego ofercie poprawiono omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które jednak nie powodowały istotnych zmian w treści oferty ma prawo w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia sprzeciwić się tej poprawieniu takiej omyłki.”.

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba wskazuje, że został ten zarzut wycofany przez Odwołującego na posiedzeniu. Przy czym miało to miejsce odnośnie braku możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym postępowaniem przetargowym w związku z brakiem odpowiednich zapisów w statucie Stowarzyszenia. W konsekwencji wycofania powyższego zarzutu, Izba pozostawiła go bez rozpoznania w niniejszym zakresie.

Odnośnie zarzuty pierwszego – co do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej sporządzenie i złożenie z naruszeniem zasad reprezentacji stowarzyszenia, Izba w/w zarzut w tym zakresie oddaliła.

Istota sporu ostatecznie sprowadziła się do tego, czy Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z 15.03.2019 r. skutecznie uzupełnił ofertę i akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o pełnomocnictwo z 01.03.2019 r. Zamawiający wyznaczył w tym zakresie termin jego złożenie do 20.03.2019 r. W ramach tego pełnomocnictwa jeden z członków zarządu udzielił pełnomocnictwa drugiemu w zakresie wskazanym w jej treści m.in. podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami. Zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z wydruku KRS-u Przystępującego, działającego w formie stowarzyszenia przy zobowiązaniach przekraczających 20 tys. PLN oświadczenia składają dwaj członkowie zarządu.

Na podstawie dokumentacji postępowania tak w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego oraz na podstawie uzyskanej protokolarnie oryginalnej dokumentacji postępowania uzyskanej na okres wydania orzeczenia i sporządzenia jego uzasadnienia, jak i weryfikując w oparciu o w/w dokumentację wydruk zeskanowanego podczas wglądu do dokumentacji w dniu 04.04.2019 r. przez Odwołującego dokumentu pełnomocnictwa z dokumentacji Zamawiającego oraz kopie pełnomocnictwa dołączonego przez Przystępującego wraz z pismem procesowym na posiedzeniu Izba stwierdza co następuje.

W aktach sprawy postępowania, czyli dokumentacji postępowania tak w kopii, jak i oryginałach znajduje się pełnomocnictwo z 01.03.2019 r. przekazane przez Przystępującego Zamawiającemu 20.03.2019 r. (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej prawej stronie”) na jego wezwanie z 15.03.2019 r. Na drugiej stronie pełnomocnictwa widnieją podpisy obu członków zarządu, tj. Prezesa Zarządu oraz V-ce P. Z. wraz z pieczętkami imiennymi. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa V-ce P. Z. udziela pełnomocnictwa P.Z. do reprezentowania w powyższym postępowaniu o udzielnie zamówienia we wskazanym szczegółowo zakresie. Należy więc uznać, że reprezentacja wymagana jest zachowana.

Zgodnie z aktami sprawy, czyli dokumentacją postępowania tak w kopii, jak i oryginałach przekazanie pełnomocnictwa Zamawiającemu, czyli uzupełnienie oferty na wezwanie zostało poprzedzone informacją e-mailową z 19.03.2019 r., że: „(...) w dniu jutrzejszym zostanie uzupełnione pełnomocnictwo w oryginale”.

Inne pełnomocnictwo z prezentatą 20.03.2019 r. złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym na posiedzeniu (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej lewej stronie”), to niewątpliwie duplikat pełnomocnictwa złożonego przez Zamawiającego Przystępującemu, czyli powszechnie stosowany w praktyce egzemplarz dokumentu, pisma, tutaj pełnomocnictwa który pozostawia sobie podmiot składający dany dokument, pismo wraz z datą potwierdzającą dzień jego złożenia w danym urzędzie, tutaj u Zamawiającego. Świadczy o tym adnotacja (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej lewej stronie”), gdzie ma miejsce potwierdzenie złożenia dokonane przez Urząd Marszałkowski w Toruniu w osobie wskazanej z imienia i nazwiska w dacie 20.03.2019 r. (ten egzemplarz potwierdzający złożenie zachował sobie Przystępujący stąd jego dołączenie do pisma procesowego na posiedzeniu).

Pełnomocnictwo (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej prawej stronie”) z akt sprawy, czyli dokumentacji postępowania tak w kopii, jak i oryginałach to pełnomocnictwo faktycznie złożone przez Przystępującego Zamawiającemu – 20.03.2019 r. Potwierdza ta adnotacja na prezentacie „Wpłynęło Wydział Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prawnego”.

Z uwagi na w/w okoliczności zaistniały rozbieżności (pojawiły się na rozprawie dwa takie same pełnomocnictwa). Należy jednakże wskazać, że pełnomocnictwo złożone przez Przystępującego Zamawiającemu (data na prezentacie „na pierwszej stronie po jej prawej stronie”) z akt sprawy, czyli dokumentacji postępowania zawiera stosowne podpisy oraz pieczętki imienne. Brak jest więc podstaw do kwestionowania jego mocy wiążącej. Izba podkreśla że podczas wglądu 04.04.2019 r. (wydruk zeskanowanego podczas wglądu do

dokumentacji w dniu 04.04.2019 r. przez Odwołującego dokumentu pełnomocnictwa z dokumentacji Zamawiającego złożonego przez Odwołującego - nie miał drugiej strony) jednakże jedna ze stron mogła nie zostać zeskanowana. Z akt sprawy, czyli dokumentacji postępowania wynika niewątpliwie, że w dacie wglądu Zamawiający dysponował pełnomocnictwem uzupełnionym przez Przystępującego (data na prezentacji „na pierwszej stronie po jej prawej stronie”) tak jego pierwsza, jak i druga strona (gdzie były podpisy i pieczęćki imienne).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Po pierwsze zgodnie z postanowieniami SIWZ przywołanymi przez Zamawiającego na rozprawie - rozdz. XIV pkt 2.2.1. Zamawiający przyznawał dodatkowo punkty za doświadczenie koordynatora, który będzie pełnił funkcję koordynatora projektu, przy czym chodziło o doświadczenie w projektach o wartości, co najmniej 3 mln zł każdy. Punktowana była wartość projektu unijnego, a nie zrealizowanego zamówienia. Jednocześnie, złożone na rozprawie dowody tak przez Zamawianego, jak i Przystępującego – kopia umowy o dofinansowanie wraz z aneksem nr 1, nr 2 oraz nr 3 - zwłaszcza aneks nr 3 - na str. 5 w ramach § 2 ust. 3, podaje kwotę ponad 3 mln zł brutto, jako wartość projektu: „*Wzmacnianie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od oczyszczalni ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły*”. Zamawiający również podkreślił, czemu Izba dała wiarę, że z racji swojego statusu, tj. Województwo Kujawsko - Pomorskiego koordynował przekazanie środków finansowych unijnych bezpośrednio na rzecz Beneficjenta nie jest zgodne z prawdą twierdzenie, że nie weryfikował tej kwestii.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzuty trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu, z uwagi na nie potwierdzenie się zarzutu pierwszego w rozpatrywanym zakresie oraz drugiego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 628/19 (nie licząc pierwszego zarzuty który został wycofany przez Odwołującego) na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 687/19:

Inwest-Bud Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14.1 Pzp i w zw. z art 89 ust 1 pkt 7b Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 KC,
2. art. 92 ust. 1 pkt.1 i 3 Pzp w zw. z art.14 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 58 § 1 KC

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z pisma informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego z 10.04.2019 r. dotyczące złożonej przez Odwołującego ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z 25.02.2019 r., odwołania w zakresie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale także pisma procesowego Przystępującego. Nadto, Izba przywołuje postanowienia SIWZ dotyczące Rozdz. VII: „ (...)

1. Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości: 10.000,00 zł. (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), przed upływem terminu składania ofert.

2. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

2.1 pieniądzu,

2.2 poręczeniach bankowych lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,

2.3 gwarancjach bankowych,

2.4 gwarancjach ubezpieczeniowych,

2.5 poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016 r. poz. 359).

3. Wadium w formie pieniężnej należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego: Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu Bank PKO BP S.A., II Regionalne Centrum Korporacyjne w Bydgoszczy konto nr 64 1020 5011 0000 9802 0119 5734.

z dopiskiem na przelewie: „Wadium w postępowaniu nr WZP.272.7.2019„

Nie dopuszcza się wpłacania wadium w kasie zamawiającego!

4. Zamawiający zaleca, aby w przypadku wniesienia wadium w formie:

1) pieniężnej - dokument potwierdzający dokonanie przelewu wadium został załączony do oferty;

2) innej niż pieniądź - oryginał dokumentu został złożony w oddzielnej kopercie, a jego kopia w ofercie, w siedzibie Zamawiającego w Wydziale Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prawnego - pok. 337.

5. Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upełnomocnionego) przedstawiciela Gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego

identyfikację np. złożony wraz z imienną pieczętką lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska). Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

6. Skuteczne wniesienie wadium w pieniądzu następuje z chwilą uznania środków pieniężnych na rachunku bankowym Zamawiającego, o którym mowa w ust. 3 niniejszego rozdziału SIWZ, przed upływem terminu składania ofert (tj. przed upływem dnia i godziny wyznaczonej jako ostateczny termin składania ofert).

7. Wadium wniesione w pozostałych formach, Zamawiający uzna za skutecznie wniesione poprzez złożenie w siedzibie Zamawiającego w Wydziale Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prawnego - pok. 337, przed upływem terminu składania ofert (tj. przed upływem dnia i godziny wyznaczonej jako ostateczny termin składania ofert).

8. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie odrzucona.

9. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

10. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium, na podstawie art. 46 ust. 1 pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

11. Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

12. Zamawiający niezwłocznie dokona zwrotu wadium na wniosek Wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

13. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

14. Wadium Wykonawcy zostanie zatrzymane wraz z odsetkami w przypadku, gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.

1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownych zarzutów w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzut uwzględniła. Niewątpliwie zasadnie podnosił Przystępujący oraz Zamawiający, że czynność odrzucenia oferty najkorzystniejszej nie musi być dokonywana wraz z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli nie muszą być one aktualnie według obowiązującego stanu prawnego dokonywane jednocześnie. Czynności te mogą więc być dokonywane w różnym czasie. Jednakże w ocenie Izby, czynność odrzucenia może poprzedzać wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż w samym wyborze dokonuje się klasyfikacji i punktacji ważnych ofert. Oferty zaś odrzucone nie są klasyfikowane. Odrzucenie takie jak miało miejsce wiązałoby się z koniecznością unieważnienia wcześniejszego wyboru, gdzie oferta Odwołującego została skalsyfikowana i uznana za ważną bo była punktowana. Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska wyrażonego przykładowo w wyroku z 27.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2108/17: *„W ocenie składu orzekającego znaczenie pojęcia badania oferty jest bardziej pojemne i obejmuje również chociażby takie kwestie jak: prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium (czy, szerzej, istnienie podstaw do odrzucenia oferty), złożenie oferty przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, kompletność dokumentów wymaganych przez zamawiającego, czy wreszcie aspekt kluczowy dla przedmiotowej sprawy – zasadność i skuteczność zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (jedynie na marginesie przypomnieć należy, że w okresie przed nowelizacją przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, nakładającą na wykonawców obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia, powszechną praktyką było wzywanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, na podstawie wspomnianego wcześniej przepisu art. 87 ust. 1 Pzp). Na podstawie przytoczonego przykładowego katalogu czynności wchodzących w zakres badania ofert uprawniony wydaje się wniosek, że jest to procedura poprzedzająca ich ocenę, ponieważ nieuzasadnione byłoby dopuszczanie do oceny ofert, które chociażby podlegają odrzuceniu.*

Błąd popełniony na etapie badania oferty, ujawniony po wyborze oferty najkorzystniejszej, skutkować powinien w pierwszej kolejności unieważnieniem takiej czynności, jako stanowiącej efekt niewłaściwie przeprowadzonej procedury badania oferty,

unieważnieniem wyników samego badania oferty, bowiem błąd dotyczy tego właśnie etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero następnie prawidłowym wykonaniem czynności z zakresu badania oferty. Przyjęcie dopuszczalności sanowania błędu w zakresie badania oferty bez jednoczesnego unieważnienia czynności stanowiącej jego następstwo prowadzić mogłoby de facto do braku zaskarżalności wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej.”.

W zakresie zaś kwestii kiedy kończy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznaje za własne stanowisko wynikające z wyroku KIO z 08.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2192/18: „Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo - w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp - z chwilą unieważnienia postępowania. Gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak twierdził Zamawiający to dokonywanie np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp byłoby drugim rozstrzygnięciem raz wszczętego postępowania. Nadto wątpliwym byłaby możliwość unieważnienia przez Zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż byłyby to czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Również uznanie czynności Zamawiającego podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp za niemieszczące się w ramach prowadzonego przez niego postępowania powodowałoby niedopuszczalny brak jakiegokolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę. W tym zakresie wskazać należy na uchwałę Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, w której Sąd wskazał: "Postępowanie "o udzielenie zamówienia publicznego" na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego codo momentu w którym następuje zakończenie postępowania nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwe to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego." Skład orzekający w pełni podziela powyższe stanowisko SN, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. Zdaniem Izby brak jasnego określenia w ustawie terminu

zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, wynikał raczej z przyczyn obiektywnych, gdyż w zależności od stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe precyzyjne określenie dla wszystkich postępowań i trybów udzielania zamówienia jednego terminu. Niewątpliwie w art. 2 ust. 7a ustawy Pzp nie określono wprost momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazano na cel tego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też zasadnym wydaje się przyjęcie stanowiska, że wszelkie czynności poprzedzające podpisanie umowy, podejmowane są w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie pozostają w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Stąd Zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie z pogwałceniem podstawowych zasad ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadą niedyskryminacji i uczciwej konkurencji (por. wyrok z dnia 9 marca 2017 r., o sygn. akt KIO 338/17, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015r., sygn. akt KIO 2626/15).”

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba w/w zarzut uwzględniła. Zamawiający bowiem nie wykazał zasadności swoich twierdzeń w zakresie dołączenia do oferty przez Odwołującego skanu a nie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. W tym miejscu należy także zauważyć, że dopiero na rozprawie Odwołujący dowiedział się dlaczego Zamawiający uważa że ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium z 25.02.2019 r. złożoną przez Odwołującego jest skanem a nie oryginałem. Stwierdził bowiem, że: „(...)podpis nie zawiera odcisku długopisu.”. Także podczas rozprawy dowiedział się, że Zamawiający nie ma zastrzeżeń do aneksu nr 1 z 01.03.2019 r. oraz aneksu nr 2 z 04.03.2019 r. Zostały one bowiem podpisane: „*podpisem oryginalnym*”. Jest to o tyle istotna informacja, że gwarancja z 25.02.2019 r. został złożona w terminie składnia ofert wraz z aneksem nr 1 z uwagi na przesunięcie terminu składnia ofert. Na obu widnieje zaś podpis tej samej osoby. Z tych względów, jak i przedstawionych wcześniej Izba uznała, że z uwagi na specyficzną sytuację jaka miała miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym zarzuty, co do braku wyczerpującego charakteru uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego są zasadne. Samo powołanie orzeczeń dotyczących podobnego przedmiotu sporu bez wskazania w sposób czytelny jakie mają one zastosowanie, czy też przełożenie do zaistniałego stanu faktycznego i brak wyjaśnienia dlaczego dany dokument nie jest uznany, tzn. z jakich powodów i na jakiej podstawie, jest niewystarczające.

Względem zaś samej gwarancji z 25.02.2019 r., Izba podnosi tak jak na wstępie, że Zamawiający nie wykazał zasadności swoich twierdzeń, że „*podpis nie zawiera odcisku długopisu.*” ani, że nie jest to oryginalny podpis. Tak na etapie dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ani na rozprawie nie wykazał, że podpis na gwarancji

z 25.02.2019 r. nie ma charakteru oryginalnego. Należy zauważyć, że Zamawiający może z własnej inicjatywy lub na wniosek Komisji Przetargowej powołać biegłego w trybie art. 21 ust. 4 Pzp. W konsekwencji Zamawiający mógł w tym zakresie oprzeć swoją czynność odrzucenia na stosownej wiarygodnej podstawie, nie zaś na *de facto* swoich domysłach, czy też domniemaniach. Izba wskazuje, że ocenia, czy też kontroluje zasadność czynności Zamawiającego na moment jej podjęcia. Dodatkowo w tym stanie faktycznym tak na gwarancji wadialnej z 25.02.2019 r., jak i na aneksie z 01.03.2019 r. widnieje podpis tej samej osoby. Zamawiający winien tym bardziej oprzeć swoją czynność na o wiele bardziej wiarygodnej podstawie niż własne domniemanie. Zasadnym jest także zauważyć, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. akt: XIX Ga 92/08, iż: *"w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego"*. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowody niewskazane przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku KIO) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok SN z 07.11.2007 r., sygn. akt: II CSK 293/07). Postępowanie przed KIO toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a KIO nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok SN z 07.11.2007 r., sygn. akt: II CSK 293/07, wyrok SN z 16.12.1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z 27.05.2008 r., sygn. akt: V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 687/19 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 628/19, sygn. akt: KIO 687/19 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....