

WYROK

z dnia 18 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **16 czerwca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **10 maja 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Benevento sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Wykonanie nakładek asfaltowych na drogach gminnych w Otwocku* (nr postępowania WZP.271.10.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Otwock**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Gmina Otwock {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie nakładek asfaltowych na drogach gminnych w Otwocku* (nr postępowania WZP.271.10.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 marca 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00025062/01.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

5 maja 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez Benevento sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

10 maja 2021 r. Benevento sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej „Benevento” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 14 – przez odrzucenie oferty z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, podczas gdy gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez Benevento zabezpiecza interesy Zamawiającego i upoważnia go do zatrzymania wadium w przypadku zajścia każdej z okoliczności wymienionej w ustawie pzp (wymienionych szczegółowo w treści gwarancji), gdyż wymaganie przez Zamawiającego określenia nazwy i numeru postępowania w sprawie zamówienia oraz niewłaściwe oznaczenie w tym zakresie w przedstawionej mu gwarancji wadialnej nie uniemożliwiają zaspokojenia się Zamawiającego z udzielonego mu zabezpieczenia wadialnego, a w konsekwencji nie przesądzają o nieprawidłowości wniesionego wadium.
2. Art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty TOMIRAF sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Karczewskiej jako oferty najkorzystniejszej.
3. Art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} – przez zaniechanie dokonania wykładni treści gwarancji bankowej, podczas gdy z okoliczności, w których została złożona, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów wynika, że zabezpiecza ona możliwość zatrzymania wadium we wszystkich przypadkach wymienionych w pzp.
4. Art. 65 § 2 kc – przez zaniechanie dokonania wykładni umowy pomiędzy ubezpieczycielem (gwarantem) a Benevento w sposób nakazujący badanie zgodnego zamiaru stron i celu umowy, zamiast oparcia się na jej dosłownym brzmieniu.

5. Art. 128 ust. 4 – przez brak wezwania Benevento do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, jako jednego z dokumentów składanych w postępowaniu, w sytuacji, gdy treść gwarancji ubezpieczeniowej w zakresie nazwy postępowania powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, który ogłosił w tym samym dniu dwa postępowania przetargowe o zbliżonych nazwach, a Benevento wzięło udział w obu tych postępowaniach i w obu złożyło stosowne gwarancje ubezpieczeniowe na zabezpieczenie zatrzymania wadium.
6. Art. 128 ust. 5 – przez brak zwrócenia się przez Zamawiającego bezpośrednio do ubezpieczyciela, który wystawił gwarancję o przedstawienie stosownych informacji w zakresie zabezpieczenia przez nią interesów Zamawiającego.
7. Art. 128 ust. 1 – przez brak wezwania Benevento do złożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zawierającego prawidłową nazwę postępowania, względnie do poprawienia lub uzupełnienia ww. dokumentu w wyznaczonym terminie.
8. Art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 14 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także naruszający regułę przejrzystości i proporcjonalności ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Powtórzenia badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Benevento.

Z odwołania wynikają ponadto następujące okoliczności faktyczne.

9 kwietnia 2021 r. Benevento zawarło z gwarantem dwie identyczne umowy, na mocy których gwarant zobowiązał się do zapłaty wadium w wysokości 10 tys. zł na rzecz Zamawiającego w przypadkach przewidzianych w ustawie pzp. Na potwierdzenie zawartych umów gwarant wystawił dokumenty gwarancji ubezpieczeniowych w formie elektronicznej, różniące się w treści wyłącznie nazwą postępowania przetargowego i jego numerem: Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG26/0750/21/0028 oraz Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG26/0750/21/0029 {wydruki zostały załączone do odwołania}.

Benevento załączyło do oferty gwarancję ubezpieczeniową z 9 kwietnia 2021 r., w której nazwa postępowania została następująco oznaczona: *„Wykonanie nakładki asfaltowej na ulicach dojazdowych do Ośrodka Szkolno-Wychowawczego przy ul. Literackiej*

oraz do Centrum Origin Otwock przy ul. Bernardyńskiej", nr postępowania WZP.271.09.2021.

Oprócz nieprawidłowej nazwy i nr postępowania, gwarancja ta zawiera wszystkie warunki uregulowane rozdziale XVI pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}.

Gwarant nie wymagał, aby żądanie zapłaty zawierało wskazanie nazwy lub numeru postępowania, w ramach którego Zamawiający domaga się zapłaty z tytułu zatrzymania wadium.

Zamawiający jako powód odrzucenia oferty Benevento podał brak wniesienia wadium, wskazując, że do oferty załączono gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, której treść nie jest związana z właściwym postępowaniem tzn. WZP.271.10.2021 pn. „Wykonanie nakładek asfaltowych na drogach gminnych w Otwocku”. Wobec tego Zamawiający stwierdził, że gwarancja ta odnosi się do innego prowadzonego przez Zamawiającego równolegle, w tym samym czasie postępowania, a w konsekwencji, że w ogóle nie została mu przekazana w wyznaczonym terminie gwarancja zapłaty wadium.

Według Odwołującego złożenie przez niego gwarancji z niewłaściwą nazwą i nr postępowania z następujących powodów stanowiło prawidłowe wniesienie wadium w wymaganym terminie.

Po pierwsze – nie stoi to na przeszkodzie do zatrzymania wadium przez Zamawiającego w razie ziszczenia się jednego ze zdarzeń przewidzianych w ustawie pzp.

Po drugie – od 7 kwietnia 2021 r., czyli przed datą złożenia oferty, istniała umowa Benevento z gwarantem dotycząca właściwego postępowania, o czym świadczy dokument gwarancyjny z 9 kwietnia 2021 r., zawierający prawidłową nazwę i numer postępowania.

Z odwołania wynikają ponadto następujące okoliczności prawne

Minimalnymi wymaganiami, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadium, jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania.

Powyższe wywodzone jest z definicji gwarancji bankowej, pełniącej analogiczną funkcję jak gwarancja ubezpieczeniowa, uregulowanej w art. 81 Prawa bankowego, jak również z treści art. 85 Prawa bankowego, regulującego akredytywę dokumentową. Ponieważ ustawa pzp nie określa minimalnych wymagań wobec treści samej gwarancji, a ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie zawiera definicji umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w pełni uzasadnione jest zastosowanie analogii do regulacji

gwarancji bankowej.

Żądanie określenia w gwarancji nazwy i numeru zamówienia określonych w SIWZ nie może przesądzać o prawidłowości wystawienia gwarancji wadialnej m.in. z tego powodu, że obowiązujące przepisy nie przewidują obowiązku wskazania podstawy zlecenia wystawienia gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej. Innymi słowy brak wskazania, że wykonawca zlecający wystawienie gwarancji ubiega się o konkretne zamówienie, nie jest przesłanką konieczną powstania odpowiedzialności gwaranta. Natomiast podstawą tej odpowiedzialności jest określenie sytuacji, w których beneficjent gwarancji jest uprawniony do zwrócenia się do gwaranta o wypłatę wadium oraz określenie sposobu tej wypłaty, czyli określenie zdarzeń, których wystąpienie powoduje wypłatę sumy gwarancyjnej, a te okoliczności są ściśle określone w pzp.

Drugim elementem, który gwarancja powinna określać, jest charakter odpowiedzialności gwaranta, czyli wskazanie, że jest ona samoistna, nieodwołalna i bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie.

W tych okolicznościach według Odwołującego Zamawiający, szczególnie wobec posiadania wiedzy o równoległym postępowaniu przetargowym o nazwie i nr jak w treści złożonej gwarancji, mógł i powinien wezwać do złożenia wyjaśnień, w celu ustalenia, czy zabezpiecza ona jego interes.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 15 czerwca 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający prowadzi dwa postępowania o różnych nazwach, nr i przedmiotach zamówienia:

- 1) nr WZP.271.09.2021 pn. „Wykonanie nakładki asfaltowej na ulicach dojazdowych do Ośrodka Szkolno-Wychowawczego przy ul. Literackiej oraz do Centrum Origin Otwock przy ul. Bernardyńskiej”;
- 2) nr WZP.271.10.2021 pn. „Wykonanie nakładek asfaltowych na drogach gminnych w Otwocku” [postępowanie, w którym zostało wniesione odwołanie].

W obydwu postępowaniach bowiem wymagano wadium w wysokości po 10 tys.

Benevento w obu tych postępowaniach złożyło jako wadium tę samą gwarancję, opiewającą na 10 tys. zł, i w pierwszym z powyższych postępowań Zamawiający uznał,

że stanowi to prawidłowe wniesienie wadium.

Po odrzuceniu oferty Benevento z własnej inicjatywy przesłało Zamawiającemu gwarancję dotyczącą prowadzonego postępowania, czyli drugiego z powyżej wymienionych.

Zamawiający oświadczył, że nie miał żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do złożonej przez Benevento gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż oczywiste było, że dokument ten dotyczy po prostu pierwszego z powyżej wymienionych postępowań.

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności prawne.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie: *Generalną zasadą jest obowiązek wniesienia wadium jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przy czym wykonawca musi utrzymać je co najmniej do dnia określonego przez zamawiającego, w którym upływa termin związania ofertą (...)* {za: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 97.}.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej istotą wadium jest zabezpieczenie interesu zamawiającego. Jak to trafnie ujęto w uzasadnieniu wyroku z 16 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2464/19: (...) *Istotą wadium jest jego funkcja zabezpieczająca – ma ono dawać zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania jego roszczeń w przypadku zaistnienia ustawowych okoliczności upoważniających do zatrzymania wadium. Wobec tego kluczowe znaczenie ma fakt, czy wadium wniesione w formie niepieniężnej (gwarancji czy poręczenia) daje zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. A zatem na podstawie złożonego wraz z ofertą dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający powinien mieć pewność, że – gdy zajdą ku temu przesłanki – gwarant dokona zapłaty wadium. W orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia zamawiającego.*

Z kolei w uzasadnieniu wyroku Izby z 30 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 44/19 trafnie stwierdzono, że: (...) *Nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia określonych w treści gwarancji okoliczności uzasadniających wypłacenie wadium, a z taką rozszerzającą interpretacją mielibyśmy do czynienia, dokonując wykładni treści zobowiązania gwaranta sprzecznie z wnioskami wynikającymi z jej literalnego brzmienia. Treść zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej, w szczególności zakres odpowiedzialności gwaranta, już z uwagi chociażby na specyfikę tego zobowiązania, musi być interpretowana w sposób ścisły – chodzi tu przecież o zagwarantowanie zamawiającemu pewności co do zapłaty wadium w określonych prawem przypadkach. Wykładnia liberalna, elastyczna zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna.*

Wskazane w art. 128 ust. 4 i 5 pzp działania nie są obligatoryjne, na co wskazuje w szczególności słowo [zamawiający] „może”. Co więcej zgodnie z art. 128 ust. 3 pzp złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ do upływu terminu składania ofert Benevento nie złożyło właściwego, czyli dotyczącego prowadzonego postępowania, wadium, odrzucenie z tego powodu jego oferty jest prawidłowe.

Po drugie, że ponieważ jedno wadium może zabezpieczać tylko jedną ofertę, nie można było uznać za prawidłowe wadium tej samej gwarancji, która została złożona jako wadium w innym postępowaniu, o którym mowa w jej treści.

Po trzecie, że ponieważ Benevento jedną gwarancją wadialną zabezpieczyło dwa niezależne postępowania, Zamawiający nie ma gwarancji, że w razie zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium będzie mógł skutecznie zrealizować swoje roszczenia w każdym z nich.

Po czwarte, że nie miał ani obowiązku, ani uprawnienia do zwracania się do Benevento lub gwaranta o wyjaśnienia lub uzupełnienie złożonej gwarancji, a podjęcie takich czynności oznaczałoby prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Kluczowe znaczenie ma okoliczność podniesiona w odpowiedzi na odwołanie i – jak się okazało na rozprawie – niesporna, że Benevento w obu równolegle prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach na analogiczny przedmiot zamówienia przedstawiło jako wadium dokładnie tę samą Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG26/0750/21/0029 z 7 kwietnia 2021 r. Z kolei Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG26/0750/21/0028 z tej samej daty nie została w ogóle przedstawiona Zamawiającemu do upływu terminu składania ofert.

Ponadto w treści każdej z tych gwarancji InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie dokładnie określiło z tytułu wadium w jakim przetargu dana gwarancja została wystawiona. Przy czym w treści Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG26/0750/21/0029 wprost wskazano, że jest ona: *z tytułu wadium w przetargu na „Wykonanie nakładki asfaltowej na ulicach dojazdowych do Ośrodka Szkolno-Wychowawczego przy ul. Literackiej oraz do Centrum Origin Otwock przy ul. Bernardyńskiej” – Nr postępowania WZP.271.09.2021.*

Zamawiający zaliczył złożoną mu dwukrotnie gwarancję na poczet postępowania, które zostało wskazane w jej treści, czyli jako wadium w postępowaniu na wykonanie nakładki asfaltowej na ulicach dojazdowych do Ośrodka Szkolno-Wychowawczego przy ul. Literackiej oraz do Centrum Origin Otwock przy ul. Bernardyńskiej (nr WZP.271.09.2021).

Zamawiający dowiedział się o istnieniu tej drugiej gwarancji z datowanego na 6 maja 2021 r., w którym Benevento oświadczyło, że w wyniku – jak to określono – „oczywistej omyłki” załączyło gwarancję dotyczącą innego postępowania. Wykonawca dodał, że w dniu składania oferty w postępowaniu posiadał prawidłową dla tego postępowania gwarancję {czyli tę o nr 02GG26/0750/21/0028}, którą był uprzejmy załączyć do tego pisma.

Przede wszystkim nie ma żadnego znaczenia, kiedy Benevento uzyskało gwarancję wadialną nr 02GG26/0750/21/0028 ani czy jej treść jest prawidłowa (odzwierciedla wszystkie

przesłanki zatrzymania wadium wynikające z pzp), skoro do upływu terminu składania ofert w tym postępowaniu nie została ona złożona Zamawiającemu, a zamiast niej została złożona gwarancja wadialna nr 02GG26/0750/21/0029, która zgodnie z wnioskiem Benevento zabezpiecza wadium w innym postępowaniu.

Reasumując, Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert w postępowaniu na wykonanie nakładek asfaltowych na drogach gminnych w Otwocku (nr WZP.271.10.2021) Zamawiający nie otrzymał prawidłowego wadium, gdyż Benevento, pomimo dysponowania wystawioną tytułem wadium w tym postępowaniu gwarancją ubezpieczeniową, przesłało Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową wystawioną jako wadium dotyczące równoległe prowadzonego postępowania zamówieniowego.

Ustawa pzp nie zawiera żadnych przepisów przewidujących możliwość poprawiania błędu polegającego na złożeniu w sposób nieprawidłowy wadium lub uzupełniania braku polegającego na niezłożeniu w ogóle wadium.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest oczywiście niezasadne.

W ramach listy zarzutów odrębnie wypunktowane zostały zarzuty naruszenia wielu przepisów, nie tylko ustawy pzp, ale i Kodeksu cywilnego, jednak ponieważ odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego podjętej z powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 14 pzp, naruszenia wszystkich innych przepisów nie mogą być rozpatrywane jako samoistne zarzuty.

Z art. 226 ust. 1 pkt 14 pzp wynika w szczególności, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie powyższego przepisu, przy czym nie ma znaczenia, czy w ramach uzasadnienia tej czynności wskazał na niewniesienie wadium, skoro jednocześnie dokładnie opisał, że wywodzi to z faktu złożenia gwarancji wadialnej dla innego postępowania.

Abstrahując od tego, że Odwołujący nie mógł się zdecydować, czy uznaje gwarancję ubezpieczeniową za umowę, czy za jednostronną czynność prawną, dla tej sprawy nie ma potrzeby zajmowania stanowiska w tej kwestii prawnej, gdyż oczywiste jest, że treść gwarancji, która została złożona w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia odzwierciedla prawidłowo zarówno wolę wnioskodawcy, jak i – przede wszystkim – gwaranta. Nie ma więc żadnych podstaw faktycznych ani prawnych, aby wbrew treści tego dokumentu zinterpretować go jako wadium w tym postępowaniu. Tym samym nie doszło również

do naruszenia przez Zamawiającego art. 65 § 1 lub 2 kc.

Z kolei zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1, 4, 5 pzp są bezprzedmiotowe, gdyż przepisy te dotyczą podmiotowych środków dowodowych, czyli inaczej oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji – patrz art. 124 pkt 1 i 2 pzp, zamieszczony na początku Oddziału 4 „Podmiotowe środki dowodowe” ustawy pzp. Również wydane na podstawie delegacji wynikającej z art. 128 ust. 6 pzp (czyli ostatniego przepisu tego oddziału) rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) nie zawiera żadnych przepisów odnoszących się do wadium. Reasumując, żaden z wymienionych w pkt 5.-7. listy zarzutów przepisów, których treści zresztą w odwołaniu nie przywołano, nie dotyczy wadium, w tym wzywania do jego wyjaśnienia, poprawiania lub uzupełniania.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp, czyli zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości czy zasady proporcjonalności, zwłaszcza że odwołanie nie zawiera w tym zakresie żadnych odrębnych okoliczności.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a-b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożoną fakturą.