

WYROK
z dnia 26 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Maksym Smorczewski
	Bartosz Stankiewicz
	Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Szczecin przy udziale wykonawcy Adamietz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Gminy Miasto Szczecin kwotę 690 zł 95 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w

terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) – na dokonane przez zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin (dalej jako „Zamawiający”) - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dokończenie budowy Szkoły Podstawowej w rejonie ulic Podbórzanskiej i Kredowej w Szczecinie Numer referencyjny: BZP/18/22” (dalej jako „Postępowanie”) czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także na zaniechanie dokonania w Postępowaniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 97 ust. 5 i 10 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, iż Odwołujący nie wniósł wadium i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, pomimo, że Odwołujący zgodnie z przepisami Pzp oraz wymogami SWZ, w sposób ważny i skuteczny oraz zabezpieczający w sposób należyty interesy ekonomiczne zamawiającego, wniósł na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia wadium – w formie gwarancji ubezpieczeniowej przed upływem terminu składania ofert oraz utrzymywał je nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, a nadto przekazał zamawiającemu oryginał gwarancji w postaci elektronicznej;
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta wykonawcy Adamietz Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich jest ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta Odwołującego”.

Odwołujący wniósł o:

- „1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Adamietz Sp. z o. o. w Strzelcach Opolskich oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w wyniku ponownego badania i oceny ofert, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz

spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Adamietz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 czerwca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 114-320025.

W rozdziale IX Wadium Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że:

- „1. Wadium należy wnieść w wysokości 1.700.000,00 zł (słownie: milion siedemset tysięcy złotych) przed upływem terminu składania ofert. Decyduje moment wpływu środków do zamawiającego.
2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) w pieniądzu – przelewem na konto depozytowe Zamawiającego Bank PKO BP S.A. I O/Szczecin Nr 47 1020 4795 0000 9802 0277 8504 2) gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (z zastrzeżeniem, że poręczenie jest zawsze poręczeniem pieniężnym) - wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej na Platformie.
3. W przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu zaleca się, aby w tytule przelewu wyraźnie oznaczyć wykonawcę wnoszącego wadium, szczególnie w przypadku, gdy wadium jest wnoszone przez pełnomocnika/pośrednika.

4. W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji lub poręczenia:
 - 1) dokument gwarancji/poręczenia sporządzony w języku obcym należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski,
 - 2) gwarancje/poręczenia podlegać muszą prawu polskiemu; wszystkie spory dotyczące gwarancji/poręczeń będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich.
5. W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji lub poręczenia z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać:
 - 1) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji/poręczenia – Gminy Miasto Szczecin) zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, bez potwierdzenia tych okoliczności,
 - 2) termin obowiązywania gwarancji/poręczenia, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą.
6. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. W związku z powyższym zaleca się aby w treści gwarancji/poręczenia wskazano adres poczty elektronicznej, na który należy przesłać oświadczenie o zwolnieniu wadium.
7. W formularzu oferty należy wpisać nr rachunku, na które zamawiający ma zwrócić wadium wniesione w pieniądzu.
8. Jeżeli Wykonawca nie wskaże nr rachunku, o którym mowa w pkt 7, wadium zostanie zwrócone na rachunek, z którego wpłynęło”.

Termin składania ofert w Postępowaniu upływał w dniu 8 sierpnia 2022 roku o godz. 9.00.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Do upływu terminu składania ofert w Postępowaniu Odwołujący nie wniósł wadium w pieniądzu ani w formie gwarancji bankowej czy poręczenia udzielanego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, jak również nie przekazał Zamawiającemu gwarancji ubezpieczeniowej w postaci elektronicznej.

W dniu 2 września 2022 roku Zamawiający poinformował, że w Postępowaniu dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, oraz o odrzuceniu oferty

Odwołującego, jako „podstawę prawną odrzucenia” wskazując „art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy – Wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3”, zaś jako „powód odrzucenia”, iż „Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1 SWZ wadium należało wnieść przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 08.08.2022 r. do godz. 9 00. Wadium wykonawcy nie zostało wniesione”.

Odwołujący w dniu 5 września 2022 roku przekazał Zamawiającemu w formie elektronicznej gwarancję ubezpieczeniową udzieloną w dniu 3 sierpnia 2022 roku, oznaczoną nr 280000200382 (dalej jako „Gwarancja”), o treści „Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (...) jest zobowiązane wobec Beneficjenta gwarancji, którym jest Gmina Miasto Szczecin z siedzibą: 70-456 Szczecin, Plac Armii Krajowej 1 (dalej zwanej „Zamawiającym”) w kwocie 1 700 000,00 PLN (słownie złotych: jeden milion siedemset tysięcy 00/100), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu tytułem wadium w w/w postępowaniu, co potwierdza niniejszym. Zobowiązujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu całej kwoty wadium w wysokości określonej powyżej na pierwsze żądanie podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednej z przesłanek żądania zapłaty wadium, określonych w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, bez konieczności potwierdzania tych okoliczności. Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 8 sierpnia 2022 r. do dnia 21 listopada 2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji. Żądanie zapłaty z gwarancji może zostać złożone również w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego. W takim przypadku żądanie zapłaty powinno zostać złożone na następujący adres poczty elektronicznej Gwaranta: e-szkody.gwarancje@ergohestia.pl (...) Niniejsza Gwarancja jest wykonalna na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wszelkie spory dotyczące niniejszej Gwarancji podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej i podlegają właściwości sądu właściwego dla siedziby Zamawiającego.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 23 września 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp w związku z art. 97 ust. 5 i 10 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stosownie do art. 97 ust. 5 Pzp, „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2”. Art. 97 ust. 10 Pzp stanowi zaś, że „jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej”.

Kluczowym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia sprawy było to, czy w sytuacji – co nie było sporne między stronami postępowania odwoławczego – gdy Gwarancja została udzielona w dniu 3 sierpnia 2022 r., a przekazana Zamawiającemu po terminie składania ofert - w dniu 5 września 2022 roku, Odwołujący wniósł wadium w Postępowaniu.

Nie budziło zaś wątpliwości, iż Gwarancja jest gwarancją ubezpieczeniową w rozumieniu Rozdziału VII ust. 2 pkt 2) SWZ, kwota wadium w Gwarancji wynosi 1.700.000 złotych, „okres ważności” Gwarancji obejmuje okres od dnia 8 sierpnia 2022 roku do dnia 21 listopada 2022 roku włącznie, a Gwarancja została przekazana Zamawiającemu przez

Odwołującego w postaci elektronicznej przy użyciu środka komunikacji elektronicznej określonego w SWZ - Platformy Portal Smart PZP.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepis art. 97 ust. 5 Pzp odnosi się wadium wnoszonego w każdej z form określonych w art. 97 ust. 7 Pzp. Jest on przy tym przepisem bezwzględnie obowiązującym, w związku z czym postanowienia SWZ nie mogą skutkować tym, że wadium w jakiejś z ww. form nie będzie musiało być wniesione przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji postanowienie Rozdziału IX ust. 1 zdanie drugie SWZ musi być uznane za irrelevantne dla określenia, czy wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania; zupełnie nietrafne jest więc twierdzenie Odwołującego, że Rozdział IX ust. 1 zdanie pierwsze SWZ dotyczy wyłącznie wadium wnoszonego w formie pieniężnej.

Zdaniem Izby, z przepisów art. 97 ust. 5 i 10 Pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 Pzp, wykonawca zobowiązany jest przekazać zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej, przed upływem terminu składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała już w uzasadnieniach wyroków z dnia 8 kwietnia 2013 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 683/13, że „czynność wniesienia wadium w formie gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) obejmuje dwa elementy - ustanowienie gwarancji w wymagany właściwymi przepisami sposób oraz przekazanie dokumentu gwarancji do Zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż wystarczające jest wystawienie dokumentu gwarancji przez bank czy ubezpieczyciela. Czynności te mają charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego. Skuteczność wobec Zamawiającego uzyskują one dopiero po przekazaniu dokumentu Zamawiającemu”, oraz z dnia 24 czerwca 2013 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1385/13, iż „wadium jest wnoszone do zamawiającego – a zatem jeśli ma ono formę pieniężną, wpłaca się je na rachunek bankowy zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), a jeśli formę dokumentu – dokument ten musi być złożony u zamawiającego. Nie zostało to bezpośrednio opisane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak wynika z istoty takiej formy wadium. Zasadniczy jest tu element wniesienia – a zatem wpłacenia kwoty pieniężnej (a nie jedynie jej posiadania czy np. zablokowania przez bank na rachunku bankowym wykonawcy) lub przekazania dokumentu zamawiającemu jako nośnika jego praw. Dlatego samo „ustanowienie” wadium, czyli

sporządzenie dokumentu bez jego przekazania zamawiającemu, nie oznacza dla niego uzyskania praw do żądania od gwaranta kwoty wadium. Tu należy zwrócić też uwagę, iż posiadanie tego dokumentu chroni zamawiającego przed przedwczesnym wygaśnięciem wadium związanym ze zwrotem dokumentu gwarancji wadialnej” (por. także uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2021 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1422/21).

Podzielając powyższe stanowisko należy wskazać, że aby uznać, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało przez wykonawcę wniesione przed terminem składania ofert, konieczne jest przekazanie Zamawiającemu przed tym terminem dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. O ile można przyjąć, że z chwilą udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty kwoty wadium powstaje zobowiązanie do tej kwoty na żądanie zamawiającego, to stwierdzić należy, że samo udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej nie daje zamawiającemu praktycznej możliwości zgłoszenia tego żądania – do chwili przekazania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nie ma on wiedzy, czy gwarancja taka w ogóle została udzielona, a tym bardziej - kto jej udzielił. Dopiero z chwilą przekazania tego dokumentu zamawiający dowiaduje się, że dany wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a także od kogo może żądać zapłaty kwoty wadium w sytuacji określonej w art. 98 ust. 6 Pzp (często zaś również w jaki sposób żądanie to powinno być zgłoszone).

Mieć przy tym należy na względzie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rolą wadium jest „zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, w taki sposób, aby zamawiający był uprawniony, na podstawie posiadanego dokumentu, do żądania od gwaranta zapłaty kwoty z niego wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę do skorzystania z tego zabezpieczenia” (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 grudnia 2019 roku, wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2418/19). Wydaje się nie budzić wątpliwości, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (bądź bankowej) zamawiający ma mieć możliwość uzyskania kwoty wadium w sposób maksymalnie tak łatwy jak w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej. Jak zaś wskazano powyżej, w przypadku, gdyby uznać, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest wniesione już z chwilą udzielenia tej gwarancji, do chwili przekazania dokumentu gwarancji zamawiający nie miałby praktycznej możliwości żądania zapłaty kwoty wadium.

Niezasadne jest tym samym stanowisko Odwołującego, iż „o wniesieniu wadium, które ma formę gwarancji ubezpieczeniowej należy mówić wtedy, gdy gwarant dokona

ważnej i skutecznej czynności prawnej, w której zobowiąże się do określonego świadczenia na rzecz zamawiającego jako uprawnionego z gwarancji, a dodatkowo, treść tego zobowiązania będzie zgodna z wymogami ust. 4 (co do języka i właściwości prawa polskiego) i 5 (co do treści) w rozdziale IX SWZ”.

W sytuacji, gdy Odwołujący do upływu terminu składania ofert w Postępowaniu nie przekazał Zamawiającemu dokumentu Gwarancji, zasadnie Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wniósł wadium w Postępowaniu, a czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp należy uznać za prawidłową.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”. Stosownie zaś do art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Naruszenia tych przepisów Odwołujący upatrywał w „nieprawidłowym uznaniu, że oferta wykonawcy Adamietz Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich jest ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy” oraz „zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta Odwołującego”.

W zakresie w jakim zarzut ten dotyczy art. 239 ust. 1 Pzp, niezasadność przedmiotowego zarzutu była konsekwencją uznania, że nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp w związku z art. 97 ust. 5 i 10 Pzp. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp, nie można uznać, że „najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta Odwołującego”. Zważywszy, że nie jest sporne, że spośród pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu oferta Przystępującego została oceniona najwyżej, nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji – do uznania, że wybór tej oferty jako najkorzystniejszej nie był prawidłowy.

W zakresie w jakim ww. zarzut dotyczy art. 16 Pzp stwierdzić należy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie

wskazano, w jaki sposób w zakresie dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty Przystępującego czy zaniechania wyboru oferty Odwołującego Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców lub w sposób nieprzejrzysty lub w sposób nieproporcjonalny. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 8 ust. 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonyj przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz

Zamawiającego kwotę 690,95 złotych, stanowiącą równowartość sumy kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, w wysokości określonej według złożonego spisu kosztów (i potwierdzonej złożonymi biletami) na kwotę 68,55 złotych oraz 155 zł, oraz wydatku za usługę noclegową, którą należy uznać za „inny uzasadniony wydatek” w rozumieniu § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, w wysokości określonej według złożonego spisu kosztów (i potwierdzonej złożoną fakturą) na kwotę 467,10 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....