

Warszawa, dnia 22 listopada 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Krajowa Izba Odwoławcza**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Grupa Ekoenergia sp. z o.o.**

Sierakowice Prawe 141d, 96-100 Skierniewice

KRS: 0000491557, NIP: 8361777984

**reprezentowani przez:**

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy  
tel. 664118801, e-mail: [dziembinski@kzp.net.pl](mailto:dziembinski@kzp.net.pl)

**Zamawiający:**

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie

ul. Powstańców Wielkopolskich 2

06-400 Ciechanów

Sekretariat - tel. 23 / 672 31 27, fax 672 27 64

Portal zamówień publicznych - <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

Sekcja ds. zamówień publicznych – [zp1@szpitalciechanow.com.pl](mailto:zp1@szpitalciechanow.com.pl)

**ODWOŁANIE**

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego podstawowym, pn.: „Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego - roboty budowlane”, numer referencyjny: ZP/2501/95/21 (dalej: „Postępowanie”)**

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy Grupa Ekoenergia sp. z o.o. (dalej: „**Odwołujący**”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.
- II. Przedmiotem zamówienia są:
  - 1) Roboty budowlane, realizowane w ramach zadania Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego.

2) Dostawa oraz instalacja, w miejscu wskazanym przez zamawiającego wyposażenia przebudowanych pomieszczeń. W dokumentacji projektowej i przedmiarze zostały określone podstawowe minimalne wymagania zamawiającego wobec zamawianego wyposażenia.

3) Inne zobowiązania wybranego wykonawcy, o których mowa w dokumentach zamówienia, w szczególności projekcie umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 września 2021 r. pod numerem 2021/S 177-460282. Ogłoszenie jest dostępne na stronie: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:460282-2021:TEXT:PL:HTML>

Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej pod adresem:

<https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/procurement/347>

IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne.

V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 12 listopada 2021 r., w którym Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 22 listopada 2021 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 5 ustawy Pzp.

VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę: Sołdański Paweł Usługi Remontowo-Budowlane (dalej: „**wykonawca Sołdański**”),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański z Postępowania, pomimo, że wykonawca Sołdański wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański z Postępowania, pomimo, że wykonawca Sołdański nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. z ostrożności – na zaniechaniu wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, pomimo, że wykonawca Sołdański wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,

2. **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
3. z ostrożności – **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
4. **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sołdański, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

**VIII.** Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, z daleko idącej ostrożności oraz wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański – wezwał wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

**IX.** Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, względnie – wezwałby wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie bowiem z rankingiem ofert zamieszczonym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu, za ofertą wykonawcy Sołdański.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum*

cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 22 listopada 2021 r. przekazał Zamawiającemu niniejsze odwołanie. Niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

### UZASADNIENIE

**A. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1 I 2 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z NARUSZENIEM ART. 226 UST. 1 PKT 14 USTAWY PZP POPRZEC ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY WYKONAWCY SOŁDAŃSKI, POMIMO, ŻE WYKONAWCA SOŁDAŃSKI WNIÓŚŁ WADIUM W SPOSÓB NIEPRAWIDŁOWY.**

1. Zamawiający w rozdziale VIII. SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), w pkt od 7 do 12, zamieścił ostatecznie (po zmianach dokonanych pismem z 04 października 2021 r.) następujące postanowienia dotyczące wadium:

„7. Przystępując do przetargu wykonawca jest zobowiązany do wniesienia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości 600 000,00 zł.

8. Wadium może być wniesione w:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572).

9. Wadium w formie pieniądza należy wnieść przelewem na konto w Banku PKOBP nr rachunku 09 1020 1592 0000 2102 0181 0563, z dopiskiem na przelewie: „Wadium w postępowaniu ZP/2501/95/21 na roboty budowlane”

10. Zamawiający wymaga, aby dokument potwierdzający wniesienie wadium, został złożony wraz z ofertą.

- 1) dokument potwierdzający dokonanie przelewu lub wpłaty – jeśli wadium wnoszone jest w pieniądzu.
- 2) oryginał poręczenia lub gwarancji wadialnej - jeśli wadium wnoszone jest w formie innej niż

pieniądz.

11. Z treści gwarancji/poręczenia 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. 98 ust. 6 ustawy PZP.

12. Oferta wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona.”

Zamawiający wskazał zatem jasno i wyraźnie, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji z jej treści 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. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał też, za art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, że oferta wykonawcy, który wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, zostanie odrzucona.

2. Zamawiający w rozdziale XIII SWZ (Termin związania ofertą), pkt 2, wskazał ostatecznie (po zmianach dokonanych 17 października 2021 r.), że: „Termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upływa w dniu 24.01.2022 r.”

3. Wykonawca Soldański wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej, tj. przesłał Zamawiającemu wraz z ofertą plik zawierający gwarancję bankową nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26.10.2021 r., wystawioną przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie (dalej „Bank”). W treści ww. gwarancji wskazano, że: „Niniejsza gwarancja wchodzi w życie w dniu 26.10.2021 roku.

Niniejsza gwarancja jest ważna do dnia 31.12.2021 roku, a jeżeli data ta przypadałaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, niniejsza gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu (zwanym dalej Termin ważności gwarancji).

Żądanie wypłaty musi wpłynąć do Banku najpóźniej w Terminie ważności gwarancji.”

Nie ma zatem żadnych wątpliwości i wynika wprost z treści ww. gwarancji, że zabezpiecza ona ofertę wykonawcy Soldański wyłącznie do dnia 31 grudnia 2021 r., z tym tylko zastrzeżeniem, że jeśli w tym dniu Bank nie będzie prowadzić działalności operacyjnej, ww. gwarancja będzie ważna do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu. Odwołujący przypomina w tym miejscu, że zgodnie z postanowieniami SWZ przytoczonymi powyżej termin związania ofertą w Postępowaniu upływa w dniu 24 stycznia 2022 r., a zatem dużo później niż 31 grudnia 2021 r. Jest zatem oczywiste i wynika wprost z treści ww. gwarancji, że nie zabezpiecza ona oferty wykonawcy Soldański przez cały wskazany w SWZ termin związania ofertą, tylko przez okres znacznie krótszy. Co więcej, ponieważ zgodnie z treścią ww. gwarancji żądanie wypłaty musi wpłynąć do Banku najpóźniej w terminie ważności gwarancji, czyli do dnia 31 grudnia 2021 r., to z treści ww. gwarancji nie wynika 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.

98 ust. 6 ustawy Pzp. Aby uzyskać od Gwaranta (czyli od Banku) wypłatę pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający musiałby zgłosić odpowiednie pisemne żądanie najpóźniej 31 grudnia 2021 r., czyli na długo przed upływem terminu związania ofertą. Powyższe nie budzi żadnych wątpliwości i jasno wynika z literalnego brzmienia ww. gwarancji.

4. Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy 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 ustawy Pzp. Jest zatem oczywiste, że wykonawcy wnoszący wadium w Postępowaniu powinni zadbać o to, aby wadium w postaci gwarancji lub poręczenia zostało wniesione przez nich przed upływem terminu składania ofert i jednocześnie, aby termin jego ważności był nie krótszy niż termin związania ofertą. W niniejszej sprawie wadium wniesione przez wykonawcę Sołdański w postaci gwarancji bankowej ma termin ważności niewątpliwie i istotnie krótszy niż termin związania ofertą.

5. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli m.in. wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Jak to wskazano w komentarzu do ustawy Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych<sup>1</sup>: „Z analizy orzecznictwa na gruncie Pzp2004 wywieść można, że najczęstsze nieprawidłowości związane z wniesieniem wadium dotyczą: terminu, na jaki wadium zostało wniesione, treści gwarancji, formy gwarancji (złożonej w postaci papierowej zamiast elektronicznej, niepodpisanej przez wystawcę lub złożonej w kopii – chyba że właściwe przepisy dopuszczają taką postać lub formę).

Zbyt krótki termin, na jaki wadium zostało wniesione, ujawnia się w praktyce stosowania Pzp w przypadku braku tożsamości terminu, na jaki wadium zostało wniesione, z terminem związania ofertą wymaganym przez zamawiającego (termin wadium jest krótszy niż wymagany przez zamawiającego termin związania ofertą). Zgodnie z art. 97 ust. 5 i 6 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 Pzp), natomiast przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Okoliczność skutkująca odrzuceniem oferty może wystąpić już w momencie otwarcia ofert, po ujawnieniu że termin, na jaki wniesiono wadium, jest krótszy niż odpowiednio terminy określone przez zamawiającego na podstawie art. 220 i 307 Pzp (Por. wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 599/20).”

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że oferta wykonawcy Sołdański powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. ze zbyt krótkim terminem ważności, krótszym niż termin związania ofertą.

6. Odwołujący wskazuje, że po wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił Zamawiającemu uwagę

---

<sup>1</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 726 i nast.



na zbyt krótki termin ważności gwarancji bankowej zabezpieczającej ofertę wykonawcy Sołdański. Jak wynika z korespondencji udostępnionej Odwołującemu przez Zamawiającego, w reakcji na powyższą informację Zamawiający w dniu 15 listopada 2021 r. (czyli po wyborze oferty najkorzystniejszej) wystosował do wykonawcy Sołdański wezwanie (emaila) do udzielenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do treści złożonego przez wykonawcę Sołdański wraz z jego ofertą dokumentu dotyczącego wadium (tj. do treści Gwarancji Bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26 października 2021 r.). W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Sołdański przesłała Zamawiającemu drogą elektroniczną pismo z 16 listopada 2021 r., w którym stwierdził m.in., że: „w treści przedmiotowego dokumentu wkradł się błąd pisarski (leżący po stronie podmiotu wystawiającego ww. dokument) polegający na omyłkowym wskazaniu terminu ważności ww. gwarancji bankowej do dnia 31 grudnia 2021 r., zamiast prawidłowo (zgodnie ze wskazaniem Wykonawcy) do dnia 25 stycznia 2022 r. (tj. do dnia upływu terminu związania ofertą wedle SWZ).” Do ww. pisma wykonawca Sołdański załączył Aneks nr 1 do gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521, wystawiony w dniu 16 listopada 2021 r. przez Bank (Gwaranta). Odwołujący załącza do odwołania ww. pismo wykonawcy Sołdański oraz ww. Aneks.

Następnie, w dniu 19 listopada 2021 r. wykonawca Sołdański przesłał do Zamawiającego drogą elektroniczną jeszcze jedno pismo, w którym podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo uzasadnił twierdzenia, iż wskazana w gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26 października 2021 r. data ważności ma charakter omyłki pisarskiej oraz że wykładnia gwarancji bankowej musi prowadzić do wniosku, iż zamiarem wykonawcy Sołdański i Banku było utrzymanie terminu upływu ważności rzeczonoego zabezpieczenia przez cały okres związania ofertą, a wskazana pierwotnie w treści ww. dokumentu data 31 grudnia 2021 r. ma jedynie charakter błędu pisarskiego. Ponadto do ww. pisma wykonawca Sołdański załączył zaświadczenie z Banku z dnia 19 listopada 2021 r., mające potwierdzać, iż w przywołanej powyżej Gwarancji Bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26 października 2021 r. wystąpił błąd pisarski (omyłka pisarska) oraz wydruk korespondencji e-mail wykonawcy Sołdański do pracownika Banku z dnia 21 września 2021 r., mający potwierdzać, że wykonawca Sołdański w ramach procedury ubiegania się o udzielenie ww. gwarancji bankowej przesłał do Banku dokumenty dotyczące prowadzonego przez Zamawiającego Postępowania, tj. SWZ oraz projekt umowy. Odwołujący załącza do odwołania ww. pismo wykonawcy Sołdański, ww. zaświadczenie oraz ww. wydruk korespondencji e-mail.

Odwołujący podkreśla, że załącza ww. dokumenty i odnosi się do nich włącznie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, gdyż w ocenie Odwołującego ww. dokumenty w ogóle nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą. Po pierwsze, ustawa Pzp w ogóle nie przewiduje możliwości zwracania się do wykonawcy o jakiegokolwiek wyjaśnienia w jakimkolwiek trybie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Wszelkie ewentualne wyjaśnienia od wykonawców Zamawiający jest obowiązany uzyskać w trakcie badania i oceny ofert, czyli przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po drugie, żadnym z ww. dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Sołdański w

ramach wyjaśnień, zwłaszcza ww. Aneks nr 1 do gwarancji bankowej, Zamawiający nie dysponował ani w momencie upływu terminu składania ofert, ani nawet w momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszystkie powyższe dokumenty powstały i zostały przekazane Zamawiającemu dopiero po upływie terminu składania ofert i zarazem po dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Sołdański jako najkorzystniejszej. Tymczasem jak słusznie orzekła Izba m.in. w wyroku z dnia 11 grudnia 2018 r., KIO 2426/18: „Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód w postaci oświadczenia wystawcy spornej gwarancji wadialnej jest bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, nie tylko ze względów wskazanych powyżej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane podczas rozprawy, zgodnie z którym skuteczność wniesienia wadium powinna być oceniana na podstawie treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą. Tylko bowiem treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez Zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty. Z tego powodu późniejsze oświadczenia, czy wyjaśnienia składane do gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia, gdyż nie tworzą jej treści, ani nie są jej integralną częścią.” Zatem już tylko moment złożenia ww. wyjaśnień przez wykonawcę Sołdański przesądza o tym, że wyjaśnienia te jak i załączone do nich dokumenty nie mogą być brane pod uwagę.

Niezależnie od powyższego, odnośnie przedstawionego przez wykonawcę Sołdański ww. Aneksu nr 1 do gwarancji bankowej podkreślić trzeba, że jak wskazano w jego treści:

„Niniejsza gwarancja wchodzi w życie w dniu 16.11.2021 roku.

(...)

W związku z wejściem w życie z dniem 16.11.2021 roku niniejszego Aneksu, treść gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26.10.2021 roku traci moc obowiązującą.”

Jak zatem jasno wynika z powyższego do dnia 16 listopada 2021 r. moc obowiązującą miała treść gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26 października 2021 r., w której jako termin ważności gwarancji wskazano 31 grudnia 2021 r. Natomiast ww. Aneks nr 1, jakkolwiek określa prawidłowy termin ważności gwarancji, tj. do dnia 25 stycznia 2022 r., to jednak wszedł w życie dopiero w dniu 16 listopada 2021 r., a zatem na długo po upływie terminu składania ofert jak i po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym ww. Aneks nr 1 nie jest i nie może stanowić jakiegokolwiek argumentu za prawidłowością gwarancji bankowej przekazanej Zamawiającemu przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą. Jeśli coś z ww. ww. Aneksu nr 1 wynika, to nieprawidłowość gwarancji złożonej wraz z ofertą, tj. zbyt krótki termin jej ważności.

Odwołujący pragnie również zauważyć, że orzecznictwie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że zabezpieczając ofertę wadium nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w jakimkolwiek trybie. Przykładowo, w wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2593/17, Izba wskazała, że: „dokument gwarancji wadialnej nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ani też nie może podlegać wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ww. ustawy, bowiem nie stanowi treści oferty.” Na brak możliwości uzupełnienia jak i wyjaśnienia dokumentu



wadium wskazał również Sąd Okręgowy w Warszawie w swoim wyroku z 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15: „Ustosunkowując się w następnej kolejności do sporządzonego przez D. Bank pisma z dnia 17 marca 2015 r., w którym potwierdzono, że gwarancja wystawiona została w stosunku do konsorcjum składającego się z firm: (...) S.A. i (...) sp. z o.o. sp. k. podkreślić z naciskiem należy, że prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uzupełnienia wadium, w tym również dokumentów potwierdzających wniesienie wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli treść poręczeń lub gwarancji, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 tej ustawy została zmieniona, dodatkowe dokumenty zawierające zmiany dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem wystawione aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile sporządzone zostały przed upływem terminu składania ofert. Nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następnych zapewnień banku - gwaranta. Zapatrywanie powyższe zostało zaaprobowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok (...) z dnia 23 czerwca 2010 r., (...)). Zaakcentować nadto trzeba, co zostało wyżej zasygnalizowane, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wymóg ten odnosi się też do pism uzupełniających, modyfikujących treść wadium. Wspomniane zaś pismo (...) z dnia 17 marca 2015 r. datowane jest po terminie składania ofert. Z ogłoszenia o zamówieniu wynika bowiem, że termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływa 1.12.2014 - 11:00. Powyższe pismo zostało bez wątpienia zatem wniesione po upływie terminu składania ofert.”

7. Jak to już wskazano powyżej, w pismach skierowanych do Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca Sółdański utrzymuje, iż wskazana w gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26 października 2021 r. data ważności (tj. 31 grudnia 2021 r.) ma charakter omyłki pisarskiej oraz że wykładnia ww. gwarancji bankowej musi prowadzić do wniosku, iż zamiarem wykonawcy Sółdański i Banku było utrzymanie terminu upływu ważności ww. gwarancji przez cały okres związania ofertą, a wskazana pierwotnie w treści ww. gwarancji data 31 grudnia 2021 r. ma jedynie charakter błędu pisarskiego. Z żadnym z powyższych stwierdzeń nie sposób się zgodzić.

Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że sformułowanie użyte w gwarancji bankowej złożonej wraz z ofertą o treści: „Niniejsza gwarancja jest ważna do dnia 31.12.2021 roku” stanowi omyłkę pisarską. O omyłce pisarskiej w określeniu daty ważności gwarancji bankowej można by mówić, gdyby jako taka data został wskazany np. dzień wcześniejszy niż dzień wystawienia gwarancji bankowej, względnie data nie istniejąca, np. 32 grudnia 2021 r. Natomiast wskazanie na dzień 31 grudnia 2021 r. w żaden sposób nie świadczy o popełnieniu omyłki pisarskiej przez Bank i nie pozostaje w sprzeczności z żadnym innym elementem treści gwarancji bankowej złożonej wraz z ofertą. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie za omyłkę pisarską uważa się niezamierzoną niedokładność nasuwającą się

każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z 26 maja 2020 r., KIO 641/20: „O omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką.” Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r., XII Ga 151/08, podkreślono, że: „Błąd pisarski to »**widoczne**, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, **widocznie** mylna pisownia albo **widocznie** niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.«” Nie ma żadnych wątpliwości, iż wskazanie w treści gwarancji bankowej jako terminu jej ważności daty 31 grudnia 2021 r. w żaden sposób nie może zostać uznane za omyłkę pisarską.

Odnośnie natomiast wykładni gwarancji bankowej, to faktycznie w części orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej za dopuszczalną uznano wykładnię dokumentu gwarancji bankowej stanowiącego wadium w oparciu o zasady uregulowane w art. 65 k.c. Jednak nawet w tych orzeczeniach konsekwentnie podkreśla się, że wykładnia ta nie może być dokonywana w sposób dowolny i nieograniczony. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2179/16: „gwarancja (stanowiąca wadium – przyp. Odwołującego) jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. lub art. 87 ust. 1 p.z.p. natomiast wykładania samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle.” Podobnie w wyroku z 13 stycznia 2016 r., KIO 2847/15, Izba podkreśliła, że: „Nie można przy tym, korzystnej dla strony wykładni, czynić remedium na wszystkie ewentualne błędy i zaistniałe uchybienia oraz **zmieniać stanu rzeczy wbrew temu, co jasno wynika z treści dokumentu**”. Z kolei w wyroku z 13 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2252/14, zaznaczono, że: „Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29).” Wreszcie w wyroku z 13 stycznia 2017 r., KIO 2489/16, Izba doszła do wniosku, że: „Niewątpliwie dokument gwarancji wadium jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach oświadczeniami, co zdaniem Izby dotyczy także oświadczeń banku gwaranta.”

W nawiązaniu do powyższego orzecznictwa Odwołujący podkreśla, że stanowisko wykonawcy Sołdański, przedstawione w pismach skierowanych do Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty, sprowadza się do zupełnie dowolnego przyjęcia, że w treści przedłożonej wraz z ofertą gwarancji bankowej wystąpiła omyłka pisarska oraz że w rzeczywistości zamiarem wykonawcy Sołdański i Banku było ustalenie terminu ważności gwarancji na dzień 24 stycznia 2022 r. Tymczasem o wiele bardziej prawdopodobny jest wniosek, że w treści gwarancji nie wystąpiła żadna omyłka pisarska i Bank w pełni świadomie określił termin ważności gwarancji na 31 grudnia 2021 r. Wreszcie, przyjmując nawet, że w gwarancji bankowej wystąpiła omyłka pisarska w określeniu terminu ważności, to wobec braku jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie jako poprawny termin ważności można by wskazać

dowolną datę przypadającą po dacie wystawienia gwarancji bankowej i z równym przekonaniem twierdzić, że to właśnie tą datę chciał wskazać Bank jako termin ważności gwarancji. W tym stanie rzeczy jedynym rozwiązaniem jest oparcie się na literalnej treści gwarancji bankowej złożonej wraz z ofertą i przyjęcie, że termin ważności tej gwarancji jest dokładnie taki, jak to zostało wskazane w jej treści, tj. przypada na 31 grudnia 2021 r. Każde inne rozumienie treści ww. gwarancji uznać trzeba natomiast za dowolne, pozbawione podstaw i oczywiście sprzeczne z literalnym brzmieniem gwarancji.

Podsumowując, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Sołdański *de facto* domaga się, aby poprzez wykładnię oświadczenia Banku w oparciu o art. 65 k.c. zmienić treść ww. oświadczenia w zakresie jednego z najważniejszych elementów gwarancji bankowej, tj. terminu jej obowiązywania. Takie oczekiwanie nie tylko, że nie ma oparcia w treści przepisu art. 65 k.c., to jest z tym przepisem po prostu sprzeczne. Jak to słusznie wskazano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 września 2017 r., I ACa 794/16: „Zgodnie z treścią art. 65 § 1 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wymieniony przepis zawiera dyrektywę interpretacyjną, w oparciu o którą wyklądać należy znaczenie oświadczeń woli. Dyrektywa ta nie służy jednak do korygowania czy też uzupełnienia treści oświadczeń woli o elementy niewynikające z umowy, gdyż nie może być instrumentem służącym do dostosowania znaczenia oświadczenia woli do potrzeb i interesów stron.”

Odwołujący podkreśla, że w niniejszej sprawie literalne brzmienie gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą jest jasne, zrozumiałe i nie wymaga wyinterpretowania z okoliczności towarzyszących udzieleniu gwarancji czy badaniu zgodnego zamiaru stron. Nawet jeżeli intencją wykonawcy Sołdański było uzyskanie gwarancji z terminem ważności do 24 stycznia 2022 r., to w momencie wystawienia ww. gwarancji przez Bank nie osiągnął w tym zakresie porozumienia z Bankiem - Gwarantem.

8. Odnosząc się z kolei do orzecznictwa Izby powołanego w piśmie wykonawcy Sołdański z 19 listopada 2021 r., tj. wyroku dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 54/11, wyroku z 30 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 930/09, oraz wyroku z 22 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2593/17, Odwołujący wskazuje, że wszystkie te orzeczenia zapadły na tle kompletnie odmiennego stanu faktycznego, w którym odwołanie się do reguł wykładni oświadczeń woli było uzasadnione z uwagi na ewidentną omyłkę dotyczącą daty wystawienia gwarancji (wyrok KIO/UZP 930/09) albo daty przedłużenia terminu ważności gwarancji w aneksie do gwarancji (wyroki KIO 54/11 i KIO 2593/17). Poglądy wyrażone w powyższych orzeczeniach są zatem całkowicie nieadekwatne do niniejszej sprawy i nie mogą stanowić argumentu za prawidłowością gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą.

Odwołujący podkreśla, że w orzecznictwie KIO nie budzi żadnych wątpliwości, iż wadium w formie niepieniężnej musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert od razu na cały okres związania ofertą. Ponadto, w swoim orzecznictwie Izba wypowiedziała się też co do

takiej sytuacji, jak zaistniała w Postępowaniu, tj. wniesienia jako wadium gwarancji z terminem obowiązywania krótszym niż termin związania ofertą. Problem prawidłowości takiej gwarancji został rozstrzygnięty m.in. w wyroku z 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1922/13, KIO 1949/13. Jak wskazano w uzasadnieniu ww. orzeczenia „Izba ustaliła, że ostateczny termin składania ofert upłynął w dniu 6 maja 2013 r., zaś złożona przed tym terminem gwarancja wadialna ważna była jedynie do dnia 30 czerwca 2013 r., podczas gdy termin związania ofertą wynosił 60 dni.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że wniesione przez Odwołującego wadium nie zabezpieczało oferty w dniu jej złożenia - okresu lipcowego związania ofertą, lecz jedynie zabezpieczało ofertę do dnia 30 czerwca 2013 r.

Według Izby już w momencie otwarcia ofert Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu.

Okoliczność dokonania tej czynności przez Zamawiającego po wniesieniu przez Odwołującego dodatkowej zmienionej gwarancji wadialnej z okresem ważności do 30 września 2013 r. nie ma wpływu na powyższą ocenę Izby.

Izba reprezentuje pogląd w rozpoznawanej sprawie, że zmienione przez Odwołującego wadium nie mogło usunąć braku w ofercie w postaci wadliwej wcześniej złożonej gwarancji wadialnej niezabezpieczającej pełnego okresu związania ofertą.

Według zapatrywania Izby niewniesione wadium nie dotyczy tylko sytuacji zupełnego braku jego wniesienia, ale również jego wadliwego wniesienia, w tym w sposób sprzeczny z s.i.w.z.

Wymaga wskazania, że zgodnie z rozdziałem XII pkt 6 zdaniem 1 s.i.w.z. odnoszącym się do wymagań dotyczących wadium winno być ono wniesione na okres związania ofertą określonym w pkt XIII niniejszej s.i.w.z., zaś w pkt 7 tych postanowień s.i.w.z. Zamawiający określił rygor w postaci wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty, w razie nie zabezpieczenia oferty.

Izba uznała również, że powyższe uregulowanie s.i.w.z. ma charakter wiążący wykonawców i stanowi ich powinność, obowiązek, a nie jest tylko instrukcyjnym zaleceniem.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że w myśl rozdziału XIII s.i.w.z. składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni, a bieg terminu związania oferta rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Izba przyjęła, że złożone wadium z dnia 15 kwietnia 2013 r. było wadliwe, bowiem nie zabezpieczało oferty przez cały okres jej związania, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert na zasadzie art. 85 ust. 5 Pzp.

(...)

Reasumując Izba uznała, że Odwołujący nie przedłożył przed terminem otwarcia ofert w dniu 6 maja 2013 r. właściwego wadium zabezpieczającego cały okres związania ofertą i próba poprawienia przez niego tego błędu nie mogła zostać potraktowana za skutecznie dokonaną.

W prawie zamówień publicznych instytucja wadium ma szczególnie doniosłe znaczenie i stanowi podstawowy instrument zabezpieczający ofertę, co przejawia się w tym między innymi,

że ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia błędnie wniesionego wadium w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Z tego powodu Izba nie mogła w sposób zupełnie dowolny dokonać interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przyjmując, iż wniesienie jakiegokolwiek wadium, czyni zadość wymaganiu ustawy.”

W ocenie Odwołującego pogląd Izby przedstawiony powyżej w całej rozciągłości ma zastosowanie w niniejszej sprawie i przesądza o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański.

Innym orzeczeniem, dotyczącym wadliwości gwarancji obejmującej okres krótszy niż okres związania ofertą, jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn., akt KIO 2466/17, co istotne - zapadły w bardzo zbliżonych okolicznościach faktycznych. W sprawie rozstrzygniętej powyższych wyrokiem składający odwołanie wykonawca nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych z 2014 r., którego odpowiednikiem jest art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Wykonawca wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże dokument gwarancji obejmował okres krótszy niż okres związania ofertą obowiązujący dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, analogicznie jak niniejszej sprawie, wykonawca niezwłocznie po stwierdzeniu powyższego uzyskał od ubezpieczyciela oświadczenie o zaistniałym błędzie i rzeczywistym okresie ważności gwarancji oraz przedłożył przedmiotowe oświadczenie zamawiającemu. Zatem w tym postępowaniu wykonawca przedłożył wadium, które nie zabezpieczało oferty na cały okres związania ofertą, jednak w chwili, w której odkryty został przez niego błąd, przesłał od do zamawiającego prawidłowo wystawioną gwarancję, powołując się na omyłkę gwaranta i załączając pismo gwaranta, w którym wskazuje on, iż zaistniała oczywista omyłka pisarska. Wykonawca ten zachował się zatem tak samo jak wykonawca Sołdański i prezentował analogiczne stanowisko.

Oddalając wniesione odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza stanowczo stwierdziła, że konwalidacja wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej nie jest możliwa: „W ocenie Izby przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarły oryginały poprawionych gwarancji po zakreślonym przez zamawiającego terminie, jak również fakt, że wystawca gwarancji potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w zakreślonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa (podobnie Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1046/17).”

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę na to, że przedłożenie dokumentu gwarancji wadialnej bez zweryfikowania jej uprzednio przez wykonawcę świadczy o tym, iż



uchybił on powinności przygotowania oferty z należytą starannością. Jak wskazała Izba: „Izbę dziwi fakt, iż fachowy wykonawca nie dokonuje wewnętrznej oceny składanej oferty, analizując treść wszystkich dokumentów, które są wraz z nią składane, a dopiero po pewnym czasie reflektuje się stwierdzając, iż jednak złożył wraz z ofertą dokumenty wadliwe w swej treści. Podnieść należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się znacznym formalizmem, przez co nakłada na wykonawców wysokie wymagania względem treści składanych, przez tych wykonawców, dokumentów. Analizując stan faktyczny sprawy Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie dochował należytej staranności przygotowując dokumenty składane wraz z ofertą, dlatego też nie można stawiać zamawiającemu zarzutu naruszenia określonego przepisu, skoro zamawiający działając w oparciu o zasadę legalizmu prawidłowo zastosował określone przepisy, co w konsekwencji skutkowało prawidłowym odrzuceniem oferty odwołującego.”

W nawiązaniu do powyższego orzeczenia Odwołujący wskazuje, że w piśmie z 16 listopada 2021 r. wykonawca Sołdański przyznał wprost, iż: „uwagi na fakt, iż tak jak wskazano powyżej rzeczona Gwarancja Bankowa nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521 pochodziła od jednego z czołowych i największych banków w Polsce, Wykonawca przed złożeniem oferty nie weryfikował w sposób szczegółowy treści przedmiotowej gwarancji, działając w zaufaniu do podmiotu wystawiającego ww. dokument, będąc przeświadczonym, że jest on wystawiony zgodnie z ww. wskazaniem Wykonawcy (przewidując m.in. ważność rzeczzonego zabezpieczenia do dnia 25 stycznia 2022 r.).” Powyższe nie tylko, że nie jest żadną okolicznością usprawiedliwiającą, to jednoznacznie wskazuje na niezachowanie przez wykonawcę Sołdański choćby elementarnej staranności wymaganej od wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne poprzez zaniechanie sprawdzenia treści tak ważnego dokumentu jakim jest gwarancja wadialna. Takie postępowanie oceniać należy jako niedopuszczalne i niezasługujące na ochronę.

Jeszcze innym orzeczeniem wskazującym na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański jest wyrok Izby z 6 czerwca 2017 r., KIO 1046/17. Jak wskazano w uzasadnieniu ww. orzeczenia: „W ocenie Izby stan faktyczny sprawy wykazał, że w terminie określonym przez zamawiającego gwarancja wadialna złożona przez odwołującego zgodnie z rozdziałem 11 siwz w oryginale, była dokumentem nieprawidłowym, gdyż zawierała zbyt krótki termin ważności to jest termin nie obejmujący całego przedłużonego okresu związania ofertą. Termin związania ofertą upływał w dniu 9 czerwca 2017 r., a gwarancja upływała w dniu 6 czerwca 2017 r., co oznacza, że nie zabezpieczała zamawiający w sposób dostateczny. Zamawiający postawił wymóg oryginału dla dokumentu gwarancji wadialnej, a zatem takie wymóg obowiązywał także do aneksów tego dokumentu, a bezsporne jest, że na dzień 28 kwietnia 2017 r. takim oryginałem zamawiający nie dysponował. W ocenie Izby art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarł oryginał aneksu po określonym przez zamawiającego terminie, jak



również fakt, że bank potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w zakreślonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa.”

Podsumowując, za utrwalone w orzecznictwie KIO uznać należy stanowisko, że wniesienie wadium w formie gwarancji z terminem obowiązywania krótszym niż termin związania ofertą stanowi wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, którą takie wadium miało zabezpieczać. Przeciwnie twierdzenia i wywody wykonawcy Sółdański oceniać należy natomiast jako dość oczywistą i zarazem rozpaczliwą próbę „ratowania” własnej oferty przed odrzuceniem.

9. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że o wniesieniu wadium przez wykonawcę Sółdański w sposób nieprawidłowy przesądzą jeszcze inne okoliczności.

Zamawiający w rozdziale III. SWZ (Tryb udzielenia zamówienia), w pkt 1, wskazał, że: „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, ze zmian.), zwanej dalej także Pzp.” Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że w Postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r.

Ponadto Zamawiający w rozdziale VIII. SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), w pkt 11, wskazał pierwotnie, że: „Z treści gwarancji/poręczenia 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 PZP.”

Zamawiający odwołał się zatem do przepisów nieobowiązującej już i niemającej zastosowania w Postępowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Z tego względu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SWZ w tym zakresie. W piśmie z 04 października 2021 r. (znak AT - ZP/2501/95/21) Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

Lp.	pytanie	odpowiedź
(...)		
28.	W cz. VIII pkt 11 SWZ podają Państwo błędną postawę prawną - z nieobowiązującej już ustawy. Proszę o zamieszczenie poprawnych zapisów.	<u>Zamawiający koryguje omyłkę pisarską. Winno być: art.98 ust. 6 ustawy PZP.</u>

Zamawiający dokonał zatem modyfikacji treści SWZ. Obowiązuje w dniu składania ofert brzmienie rozdziału VIII. SWZ, pkt 11, było zatem następujące: „Z treści gwarancji/poręczenia 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. 98 ust. 6 ustawy PZP.”

10. Jak to już wskazano powyżej, wykonawca Sółdański wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej, tj. przesłał Zamawiającemu wraz z ofertą plik zawierający gwarancję bankową nr 95

1020 1068 0000 1096 0079 3521 z dnia 26.10.2021 r., wystawioną przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie (dalej „Bank”). W treści ww. gwarancji odnośnie wypłaty kwoty gwarancji wskazano, że:

„W związku z powyższym, my, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 15, 02-515 Warszawa, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000026438, NIP: 525-000-77-38, REGON: 016298263; kapitał zakładowy (kapitał wpłacony) 1.250.000.000,00 PLN (zwana dalej „Bankiem”), działając na zlecenie Wykonawcy, gwarantujemy niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na Państwa rzecz płatności do łącznej kwoty:

PLN 600 000,00

(słownie: sześćset tysięcy złotych zero groszy)

na Państwa pierwsze pisemne żądanie wypłaty, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, zawierające numer niniejszej gwarancji, wysokość żądanej kwoty oraz oświadczenie (zwane dalej „Oświadczeniem”), stwierdzające, że Wykonawca:

1) nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą:

a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub

b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 PZP, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania Oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Jest zatem oczywiste i nie budzi żadnych wątpliwości, że ww. gwarancja bankowa zawiera przesłanki zatrzymania wadium przez Zamawiającego odnoszące się do poprzedniego stanu prawnego obowiązującego do 31 grudnia 2020 r., czyli przesłanki zatrzymania wadium określone w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., natomiast Postępowanie prowadzone jest wg ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. Jak to wskazano w komentarzu do ustawy Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych<sup>2</sup>: „Do nieprawidłowych zapisów gwarancji należy zaliczyć przede wszystkim takie, które powodują, że zamawiający nie może w całości lub części zaspokoić się z gwarancji. Gwarancja wadialna, niezawierająca literalnie okoliczności, w których kwota gwarancyjna zostanie wypłacona tożsamy z przesłankami zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp, będzie uznana za nieprawidłową.” Nie ma żadnych wątpliwości, że gwarancja wadialna złożona przez

<sup>2</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 727.

wykonawcę Sołdański nie zawiera co najmniej okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

11. Odwołujący podkreśla, że dla oceny roszczenia Zamawiającego przez Gwaranta (tutaj: Banku) nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale Zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego Gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame lub oparte są na innej podstawie prawnej niż wskazanej w treści gwarancji, Gwarant może uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikających z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp spełnia funkcję zabezpieczającą, co dla Zamawiającego rodzi ryzyka w postaci możliwości braku wypłaty wadium, w razie skierowania do wystawcy gwarancji stosownego żądania.

Przedłożona przez wykonawcę Sołdański gwarancja bankowa nie spełnia swego celu, albowiem w każdym przypadku niezastnienia przesłanek wynikających ze wskazanych w niej warunków wypłaty Zamawiający nie będzie uprawniony do żądania wypłaty świadczenia, gdyż zgodnie z przepisami, według których procedowane jest Postępowanie, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę Sołdański do złożenia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na podstawie **art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 11 września 2019r.**, zaś zgodnie z postanowieniami dokumentu wadialnego (ww. gwarancji bankowej) musiałby wezwać wykonawcę Sołdański do uzupełnienia na podstawie **art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)**. Analogicznie Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę Sołdański do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w **art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z dnia 11 września 2019r.**, zaś zgodnie z postanowieniami dokumentu wadialnego (ww. gwarancji bankowej) musiałby wezwać wykonawcę Sołdański do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych**.

Powyższe wskazuje na to, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański.

12. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd zgodnie, z którym ze względu na abstrakcyjny oraz samoistny (nieakcesoryjny) w odniesieniu do stosunku przetargowego charakter gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Przy czym brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odpowiedzialność gwaranta może być określona przez odesłanie do

konkretnych przepisów lub opisowo. Niezależnie jednak od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta. Takie tezy wpływają m. in.: z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2017 r. w sprawie KIO 1824/17, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2016 r. w sprawie KIO 2179/16 oraz z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.04.2019 r. w sprawie KIO 709/19 .

Kwestia powyższe nie budzi też żadnych wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 9 kwietnia 2009, X Ga 81/09, wskazał, że gwarancja przetargowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku przetargowego (podstawowego), a wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 lutego 2019 w sprawie XII Ga 555/18 przesądził natomiast, że gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadkach zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego jaki i podmiotowego zakresu. Z kolei Sąd Najwyższy rozważał tę kwestię w wyroku z dnia 7 stycznia 1997 r. w sprawie I CKN 37/96, w którym wskazał, że istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającym o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji.

Podsumowując powyższe wywody podkreślić trzeba, że rozstrzygające znaczenie dla oceny skuteczności wniesienia wadium ma dosłowna treść gwarancji, a ta w niniejszej sprawie jest jasna i konkretna. Przedmiotowa gwarancja wadium jasno i konkretnie wskazuje, że chodzi o podstawy zatrzymania wadium uregulowane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych a nie w ustawie Pzp z dnia 11 września 2019r. Zakres odpowiedzialności Gwaranta (Banku) został ograniczony do przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Takiego wadium nie sposób uznać za wniesione prawidłowo i zabezpieczające Zamawiającego.

**13.** O tym, że gwarancja bankowa, złożona przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą, nie jest prawidłowa, świadczy również późniejsze postępowanie wykonawcy Sołdański oraz Banku. Jak to już wskazano powyżej wykonawca Sołdański przesłała Zamawiającemu drogą elektroniczną pismo z 16 listopada 2021 r., do którego załączył Aneks nr 1 do gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521, wystawiony w dniu 16 listopada 2021 r. przez Bank (Gwaranta). Odwołujący podkreśla, że w treści ww. Aneksu nr 1 przesłanki zatrzymania wadium zostały określone inaczej niż w treści gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą, tj. poprzez prawidłowe przytoczenie treści art. 98 ust. 6 ustawy Pzp:

„1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 PZP lub art. 128 ust. 1 PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 PZP lub art. 106 ust. 1 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez

Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Różnica między treścią ww. Aneksu nr 1 a treścią gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Sołdański wraz z ofertą jest oczywista i potwierdza, że także w ocenie samego Banku (Gwaranta) przesłanki zatrzymania wadium w gwarancji złożonej pierwotnie zostały określone nieprawidłowo, tj. niezgodnie z wymaganiami SWZ i obowiązującymi przepisami. Jak to już jednak podniesiono powyżej, w świetle orzecznictwa KIO skuteczność wniesienia wadium powinna być oceniana wyłącznie na podstawie treści gwarancji wadiumowej złożonej wraz z ofertą, natomiast wszelkie późniejsze aneksy, uzupełnienia czy inne oświadczenia Gwaranta nie mogą być brane pod uwagę.

**B. ART. 16 PKT 1 I 2 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 226 UST. 1 PKT 2 LIT. B) USTAWY PZP POPRZEC ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY WYKONAWCY SOŁDAŃSKI, POMIMO, ŻE ZOSTAŁA ONA ZŁOŻONA PRZEC WYKONAWCĘ NISPEŁNIAJĄCEGO WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, Z OSTROŻNOŚCI – ART. 16 PKT 1 I 2 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 128 UST. 1 USTAWY PZP POPRZEC ZANIECHANIE WEZWANIA WYKONAWCY SOŁDAŃSKI DO UZUPEŁNIENIA PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH CELEM WYKAZANIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.**

1. Stosownie do postanowień rozdziału VIII. SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), pkt 1., ppkt 1.2., do udziału w postępowaniu zostanie dopuszczony wykonawca spełniający następujące warunki:

„1.2. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty min. dwie roboty budowlane o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto każda, polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku obejmującej swoim zakresem łącznie branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową.

Zamawiający informuje, że ilekroć w niniejszej SWZ użyto sformułowania - budowa – pojęcie to należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą § 3 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm.).”

Jak zatem jasno i wyraźnie wynika z ww. warunku każdy z wykonawców musiał się wykazać co najmniej dwiema robotami budowlanymi o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto każda a ponadto każda z tych robót:

- miała polegać na budowie, przebudowie lub remoncie budynku oraz

- miała obejmować swoim zakresem łącznie branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową.

2. Wykonawca Sołdański na potwierdzenie spełnienia ww. warunku złożył wykaz wykonanych robót budowlanych (wg. załącznika nr 3 do SWZ) wraz z referencjami dotyczącymi robót opisanych w wykazie. W złożonym wykazie wykonawca Sołdański powołał się na dwie roboty budowlane, pierwszą wykonaną na rzecz Zamawiającego, drugą na rzecz Urzędu Gminy Lubicz. Robota wykonana na rzecz Urzędu Gminy Lubicz została opisana w wykazie robót w następujący sposób:

„Zespół Szkół nr 1 przy ul. Piaskowej 23 w Lubiczu Górnym, Termomodernizacja zespołu szkół nr 1 przy ul. Piaskowej 23 w Lubiczu Górnym, roboty budowlane – instalacyjne”.

Wykaz nie zawiera zatem informacji pozwalających stwierdzić, że ww. robota odpowiada wymaganiom określonym w warunku doświadczenia, tj. że polegała na budowie, przebudowie lub remoncie budynku oraz że obejmowała swoim zakresem łącznie branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową.

Nieco więcej informacji na temat ww. roboty podaje załączona do wykazu robót referencja wystawiona przez Urząd Gminy Lubicz. W referencji tej stwierdza się, że:

„Zakres robót przedstawiał się następująco:

1. Roboty ogólnobudowlane obejmujące m.in.:

- docieplenie stropu nad piwnicą — 2.271 m<sup>2</sup>
- docieplenie ścian zewnętrznych — 2.264 m<sup>2</sup>
- docieplenie stropu nad II piętrem — 2.446 m<sup>2</sup>
- wymiana stolarki okiennej i drzwiowej — 1.271 m<sup>2</sup>
- wykonanie nowego pokrycia dachu z papy - 3.450 m<sup>2</sup>
- wykonanie docieplenia dachu styropapą — 838 m<sup>2</sup>
- docieplenie fundamentów — 626 m<sup>2</sup>
- roboty wykończeniowe (szpachlowanie i malowanie ścian oraz sufitów)

2. Branża elektryczna (wymiana elementów instalacji)

— wymiana oświetlenia wraz z robotami elektrycznymi o wartości 1.200.000, 00 zł brutto”

Zestawiając zakres robót opisany w referencji z zakresem robót wymaganym w warunku doświadczenia łatwo stwierdzić, że zakres robót wykonany przez wykonawcę Sołdański był zbyt wąski, aby mógł potwierdzić spełnianie warunku. Mianowicie wykonawca Sołdański nie wykonał żadnych robót wchodzących w zakres branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i niskoprądowej. Przypomnieć należy, że zgodnie z warunkiem doświadczenia każda z dwóch wymaganych robót miała obejmować swoim zakresem łącznie branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową. Z tego względu nie sposób uznać roboty budowlanej wykonanej na rzecz Urzędu Gminy Lubicz za spełniającą ww. warunek. Ponieważ w złożonym wykazie wykonawca Sołdański powołał się wyłącznie na dwie roboty budowlane, już tylko to, że jedna z nich nie spełnia wymagań określonych w warunku doświadczenia, powoduje, że warunku doświadczenia nie spełnia też wykonawca Sołdański.



3. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że wykonawca Sołdański nie wykazał spełniania warunku dotyczącego personelu wykonawcy. Stosownie do postanowień rozdziału VIII. SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), pkt 1., ppkt 1.3., lit. a. (po zmianach dokonanych pismem z 04 października 2021 r.), do udziału w postępowaniu zostanie dopuszczony wykonawca spełniający następujące warunki:

„1.3. dysponuje nw. osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. co najmniej 3 osobami posiadającymi uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi wydanymi na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) oraz rozporządzeń wykonawczych do ww. ustawy lub odpowiadające im ważne równoważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub na podstawie ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 220 ze zm.), w tym co najmniej:

a. min. 1 osobą - kierownikiem budowy - posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą:  
- min. 5 letnie doświadczenie zawodowe,  
oraz

- doświadczenie przy co najmniej 1 budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup> - na stanowisku kierownika budowy; budynek użyteczności publicznej – pojęcie to należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1065)”.

Jak zatem jasno i wyraźnie wynika z ww. warunku osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy musi się legitymować m.in. doświadczeniem przy co najmniej 1 budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup> - na stanowisku kierownika budowy. Co do pojęcia budynku użyteczności publicznej Zamawiający odesłał do definicji zamieszczonej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z § 3 pkt 6) ww. rozporządzenia przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Ponadto w ww. rozporządzeniu w § 3 pkt 4) wprowadzone zostało odrębne pojęcie budynku mieszkalnego, przez który należy rozumieć:

- a) budynek mieszkalny wielorodzinny,
- b) budynek mieszkalny jednorodzinny.

Jest oczywiste, że w świetle ww. rozporządzenia pojęcia budynku użyteczności publicznej i budynku mieszkalnego stanowią kategorie rozłączne. Nie ma też przy tym żadnych

wątpliwości, że zgodnie z ww. rozporządzeniem budynek mieszkalny wielorodzinny to budynek mieszkalny, a nie budynek użyteczności publicznej.

4. Wykonawca Sołdański na potwierdzenie spełnienia ww. warunku złożył wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (wg. załącznika nr 6 do SWZ) gdzie na stanowisko kierownika budowy wskazany został pan Andrzej Oszał. Doświadczenie posiadane przez pana Andrzeja Oszała zostało opisane w ww. wykazie w następujący sposób:

„(min.5 letnie - doświadczenie przy co najmniej 1 budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup>

- na stanowisku kierownika budowy

A. nazwa zadania:

BUDYNEK MIESZKALNY WIELORODZINNY Z CZĘŚCIĄ USŁUGOWĄ NA PARTERZE

B. okres: 01.10.2017r - 30.07.2018r

C. rodzaj zadania: budowa

D. powierzchnia obiektu 2660,76 m<sup>2</sup>

E. funkcja : kierownik budowy”

Jak wynika z powyższego pan Andrzej Oszał pełnił funkcję kierownika budowy przy budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, czyli budynku mieszkalnego w rozumieniu wskazanego przez Zamawiającego rozporządzenia, a nie przy budowie budynku użyteczności publicznej. Powyższe jest oczywiste i wynika wprost z treści złożonego wykazu osób. Tym samym pan Andrzej Oszał nie spełnia wymagań przewidzianych dla kierownika budowy, co z kolei powoduje, że wykonawca Sołdański nie spełnia warunku dotyczącego dysponowania osobami.

5. Odwołujący przypomina, że to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić jego ofertę. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Powyższe nie budziło wątpliwości także na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

6. Odnośnie postawionego wyłącznie z ostrożności zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazuje, że gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, to w świetle okoliczności przedstawionych powyżej jest oczywiste, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Sołdański do uzupełnienia ww. podmiotowych środków dowodowych.

**C. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1 I 2 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 239 UST. 1 USTAWY PZP POPRZEC BEZPODSTAWNE DOKONANIE WYBORU OFERTY WYKONAWCY SOŁDAŃSKI, KTÓRA TO OFERTA NIE JEST OFERTĄ NAJKORZYSTNIEJSZĄ, ORAZ**

**POPRAZ ZANIECHANIE DOKONANIA WYBORU OFERTY ZŁOŻONEJ PRZEZ ODWOŁUJĄCEGO JAKO NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY.**

1. Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez wykonawcę Sołdański powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

2. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób ewidentny faworyzuje wykonawcę Sołdański i za wszelką cenę, choćby nawet z rażącym naruszeniem przepisów, chce doprowadzić do udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Jak to już wskazano powyżej Zamawiający informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał Odwołującemu 12 listopada 2021 r. (piątek). 15 listopada 2021 r. (poniedziałek) Odwołujący wystąpił o udostępnienie całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Sołdański, co Zamawiający uczynił tego samego dnia. W przesłanych Odwołującemu dokumentach (plikach) brakowało jednak wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z referencjami, które to dokumenty zgodnie z SWZ powinny zostać złożone na wezwanie Zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Wobec braku ww. dokumentów w przesłanych Odwołującemu dokumentach (plikach) 15 listopada 2021 r. pracownik Odwołującego skontaktował się z Zamawiającym i przekazał mu informację o powyższym braku. Pracownik Zamawiającego, pan Wiesław Babiżewski, zapewnił pracownika Odwołującego, że ww. wykaz wraz z referencjami na pewno został złożony przez wykonawcę Sołdański, tylko zapewne został omyłkowo pominięty podczas przesyłania Odwołującemu dokumentów (plików), i zobowiązał się do dosłania go Odwołującemu. Ostatecznie Odwołujący wykaz robót sporządzony przez wykonawcę Sołdański wraz z załączonymi referencjami otrzymał rano w dniu 16 listopada 2021 r. Odwołujący podkreśla, że jak wynika zarówno z daty, która widnieje w treści ww. wykazu, jak i z daty podanej w znaczniku czasu, którym opatrzony został plik zawierający ww. wykaz wraz z referencjami, ww. dokument (plik) powstał dopiero 15 listopada 2021r., a dokładnie 15 listopada 2021r. o g. 18.25 (tak w znaczniku czasu). Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że w trakcie badania i oceny ofert Zamawiający nie dysponował ani ww. wykazem, ani załączonymi do niego referencjami, nie dysponował nimi również w dniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (12 listopada 2021 r.) a otrzymał je dopiero kilka dni po wyborze oferty wykonawcy Sołdański i to wskutek zwrócenia uwagi przez Odwołującego. Takie postępowanie Zamawiającego świadczy o rażącym naruszeniu przepisów i dokonaniu wyboru oferty wykonawcy, który w momencie tego wyboru nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki, gdyż nie przedstawił nawet

dokumentów niezbędnych do takiej oceny. Faworyzowanie wykonawcy Sołdański przez Zamawiającego jest zatem oczywiste i rażące. Zamawiający nie tylko, że nie wyciągnął żadnych konsekwencji z wniesienia wadium przez wykonawcę Sołdański w sposób nieprawidłowy, to jeszcze dokonał oceny spełniania warunku doświadczenia przez wykonawcę Sołdański bez niezbędnych i wymaganych w tym celu w SWZ dokumentów.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- 5) pismo wykonawcy Sołdański z 16 listopada 2021 r.,
- 6) Aneks nr 1 do gwarancji bankowej nr 95 1020 1068 0000 1096 0079 3521, wystawiony w dniu 16 listopada 2021 r.,
- 7) pism wykonawcy Sołdański z 19 listopada 2021 r.,
- 8) zaświadczenie z banku Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 19 listopada 2021 r.,
- 9) wydruk korespondencji e-mail wykonawcy Sołdański do pracownika banku Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 września 2021 r.