

WYROK

z dnia 25 czerwca 2020 roku

w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 czerwca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2020 roku przez wykonawcę Zakład Usług Malarsko - Drogowych A. S. J. S. spółka jawna z siedzibą w Nowym Sączu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Nowy Sącz

przy udziale wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kamienicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1176/20 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kamienicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rewitalizacja Parku Strzeleckiego w Nowym Sączu - roboty drogowe - przebudowa układu dróg publicznych przylegających do terenu parku wraz z budową miejsc postojowych oraz wydzielonego parkingu”.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy ofertę wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kamienicy.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Nowy Sącz i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Usług Malarsko - Drogowych A. S. J. S. spółka jawna z siedzibą w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Miasta Nowy Sącz na rzecz wykonawcy Zakład Usług Malarsko - Drogowych A. S. J. S. spółka jawna z siedzibą w Nowym Sączu kwotę 20 034 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Nowy Sącz - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rewitalizacja Parku Strzeleckiego w Nowym Sączu - roboty drogowe -

przebudowa układu dróg publicznych przylegających do terenu parku wraz z budową miejsc postojowych oraz wydzielonego parkingu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2020 roku pod numerem 2020/S 057-134809.

W dniu 29 maja 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust.1 i art. 180 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1)zaniechania przez Zamawiającego w ramach Postępowania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „ZIBUD sp. z o.o.”; w kwestii terminologicznej wyjaśnił Odwołujący, że dla jasności wywodu posługuje się firmą „ZIBUD sp. z o.o.”, a nie firmą spółki komandytowej „ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.”, która powstała w wyniku przekształcenia ZIBUD sp. z o.o., ze względu na fakt, iż oferta została złożona jeszcze przed przekształceniem) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, jako że spółka ta nie złożyła wymaganego przez Zamawiającego wadium;
- 2)zaniechania przez Zamawiającego w ramach Postępowania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, jako że oferta wymienionej spółki zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3)zaniechania przez Zamawiającego w ramach Postępowania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako że spółka ta złożyła ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dotyczących Postępowania;
- 4)podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą, a to wyboru jako najkorzystniejszej oferty podmiotu (ZIBUD sp. z o.o.), którego ofertę należało odrzucić;
- 5)zaniechania przez Zamawiającego w ramach Postępowania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to wyboru oferty Spółki, jako jedyne wykonawcy, którego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a)art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez brak odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o., pomimo że oferent ten nie wniósł w ramach Postępowania wadium,
- b)art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez brak odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- c)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę,
- d)art. 90 ust. 3 ustawy przez brak odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- e)art. 7 ust. 1 ustawy zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. z 14 ust. 1 in fine ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zasadę przejrzystości i dokonanie wykładni dokumentu Gwarancji w sposób sprzeczny z jego treścią, w wyniku czego doszło do uznania że Gwarancja zabezpieczająca zobowiązania innego podmiotu (Pana G. Z.) stanowi skuteczne wniesienie przez ZIBUD sp. z o.o. wadium w ramach Postępowania,
- f)art. 70⁴ § 1 KC in medio w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy oraz art. 70⁴ § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy przez uznanie, że wniesienie wadium przez podmiot inny niż uczestnik przetargu, jak również wadium które nie zabezpiecza roszczeń wobec oferenta biorącego udział w Postępowaniu, jest działaniem prawidłowym i nie uzasadnia odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w

postaci wyboru oferty ZIBUD sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w ramach Postępowania; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o.; nakazanie Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Spółkę za najkorzystniejszą; zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych - na wypadek ustanowienia w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że ze względu na dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Odwołujący wyjaśnił, że w ramach Postępowania złożone zostały wyłącznie dwie oferty (w tym jednak pochodząca od ZIBUD sp. z o.o., a druga od Spółki). Żaden z wykonawców nie został wykluczony od udziału w postępowaniu, jak też żadna z ofert nie została odrzucona. Jednocześnie, oferta ZIBUD sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza. W świetle powyższego, w razie prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty ZIBUD sp. z o.o., oferta Odwołującego byłaby ofertą jedyną, a co za tym idzie - zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, wobec czego Odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, jako że w związku z tym, że oferta ZIBUD sp. z o.o. nie została odrzucona, Spółka nie uzyskała zamówienia, nie osiągając przez to korzyści w postaci planowanej marży.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący podał, że w Postępowaniu złożone zostały wyłącznie dwie oferty: oferta ZIBUD sp. z o.o. z ceną wynoszącą 4.976.484,50 zł brutto; oferta Spółki z ceną wynoszącą 7.132.254,89 zł brutto. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 7.363.360,93 zł brutto.

dowód:ogłoszenie o otwarciu ofert (w aktach Postępowania)

Ze względu na rozbieżność cen, Zamawiający pismem z dnia 24.04.2020r., wezwał ZIBUD sp. z o.o. do wyjaśnienia podanej w ofercie ceny, w wyniku czego przedstawione zostało pismo z dnia 28.04.2020r., które jednak nie zawiera żadnych dowodów, a jedynie niepoparte dowodami twierdzenia co do sposobu wyliczenia ceny.

dowód:wezwania od Zamawiającego do ZIBUD sp. z o.o. z 24.04.2020r.

(w aktach Postępowania)

odpowiedź z 28.04.2020r. (w aktach Postępowania)

W dokumentacji postępowania Zamawiający udostępnił m.in. przedmiar robót. Przedstawione w ramach oferty ZIBUD sp. z o.o. wartości (ilości czynników cenotwórczych i materiałów) nie odpowiadają jednak pozycją z przedmiaru, znaczenie od niego odbiegając *in minus*.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

dowód:przedmiar (w aktach Postępowania) zestawienie cen sporządzone przez

Spółkę

Wraz z ofertą ZIBUD sp. z o.o. złożyła dokument wystawiony przez AXA Ubezpieczenia Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. zatytułowany jako „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” nr 98/UL2018/31 z dnia 22 kwietnia 2020r. (dalej: Gwarancja). W treści przedmiotowego dokumentu jako Zleceniodawce wskazano: „P.B.U. ZIBUD G. Z., Kamienica 477, 34-608 Kamienica, nr NIP: 7371839226”.

Jednocześnie: oferentem, który złożył datowaną (elektronicznie podpisana) na dzień 23.04.2020 r. ofertę w ramach Postępowania jest - zgodnie z treścią oferty (*vide* lewy górny róg oferty) spółka pod firmą „P.B.U. ZIBUD sp. z o.o., 34-608 Kamienica 1000, 737-222-1327, 385498208, KRS: 0000827553”.

dowód:oferta ZIBUD sp. z o.o. (w aktach Postępowania).

W dniu składania przedmiotowej oferty, G. Z., posiadający nr NIP: 7371839226 oraz prowadzący działalność (i mający siedzibę) pod adresem Kamienica 477, 34-608 Kamienica, był przedsiębiorcą, prowadzącym działalność m.in. w zakresie robót związanych z budową dróg i autostrad (PKD: 42.11 .Z).

dowód:wydruki z rejestrów: VAT i REGON oraz Centralnej Ewidencji i Informacji

o Działalności Gospodarczej.

ZIBUD sp. z o.o. została wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dnia 07 lutego 2020 r. Spółka ta powstała z przekształcenia przedsiębiorcy jednoosobowego - G. Z., na podstawie oświadczenia tego przedsiębiorcy z dnia 22 stycznia 2020 r. o przekształceniu w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, zaprotokołowanego przez zastępcę notarialnego E. U., zastępcę notariusza M. Z., prowadzącego kancelarię notarialną w Krościenku nad Dunajcem - rep. A nr 556/2020 (oświadczenie to przedłożono do akt Postępowania).

dowód:informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Odwolujący podał uzasadnienie stawianych w petitum odwołania zarzutów:

Kwestia rażąco niskiej ceny:

Choć ustawa nie zawiera „zero-jedynkowej” definicji „rażąco niskiej ceny”, to jednak w oparciu o przepisy ustawy oraz praktykę obrotu zrekonstruować można desygnaty znaczeniowe tego pojęcia. W ślad za stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych można zatem przyjąć, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.(Urząd Zamówień Publicznych, Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący podał, że uwzględniając zarówno treść art. 90 ust. 2 (i zawarty tam obowiązek prawny dotyczący *verba legis* „wykazania”, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny), jak też art. 190 ust. 1a ustawy, jasnym jest, że w sytuacji, gdy zaoferowana przez danego wykonawcę cena *prima facie* jawi się jako „rażąco niska”, konieczne jest przedstawienie dowodów (nie zaś wyłącznie: gołosłownych i niepopartych dowodami twierdzeń), które wykażą, iż mimo jej niskiej wartości możliwe jest zrealizowanie w tej kwocie zamówienia. Dowody takie winien przedłożyć wykonawca, gdyż jeśli tego nie zrobi, również Zamawiający nie będzie w stanie wykazać prawidłowości danej ceny w sytuacji, w której (w świetle art. 190 ust. 1a pkt 2 PZP), to na nim ciążyłoby w ramach postępowania odwoławczego taki obowiązek.

W powyższym kontekście Odwołujący podał, że dla uzasadnienia zaproponowanej w ofercie ZIBUD sp. z o.o. ceny powołano m.in. następujące argumenty:

- a)posiadanie własnego zaplecza technicznego, warsztatowego i magazynowego,
- b)działanie na rynku lokalnym i zatrudnianie pracowników zamieszkujących w sąsiedztwie,
- c)doświadczenie w realizacji robót będących przedmiotem zamówienia,
- d)znajomość dokumentacji technicznej oraz specyfikacji robót,
- e)posiadanie własnego sprzętu i urządzeń

co łącznie przekładać się ma na możliwość osiągnięcia oszczędności na poziomie 6 % ceny ofertowej, tj. prawie 300.000 zł.

W ocenie Odwołującego, powyższe trudno uznać za argumenty uzasadniające zaoferowaną przez ZIBUD sp. z o.o. niską cenę, gdyż:

po pierwsze, również Odwołujący działa na rynku lokalnym, posiada własne zaplecze techniczne, warsztatowe i magazynowe, jak też sprzęt i urządzenia, wobec czego oddziałują na nią (i złożoną przez nią ofertę cenową) dokładnie te same czynniki, które mają wpływ na ofertę cenową ZIBUD sp. z o.o..

Po drugie, dokonując określenia wartości zamówienia na roboty budowlane objęte Postępowaniem, Zamawiający - w świetle postanowień rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2014 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: Rozporządzenie) - bazował przecież na cenach i stawkach występujących właśnie na rynku lokalnym, co wynika m.in. z § 3 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 2 pkt 2, czy też § 8 ust. 5 Rozporządzenia. Skoro zatem prawnym wymogiem przy określaniu wartości przedmiotu zamówienia jest bazowanie właśnie na cenach rynkowych, występujących na danym rynku, a jednocześnie - określona przez Zamawiającego wartość zamówienia znacznie przekracza cenę zaoferowaną przez ZIBUD sp. z o.o., samo powołanie się przez tego wykonawcę na to, że działa na rynku lokalnym nie może być traktowane jako argument uzasadniający zaoferowaną cenę.

Po trzecie, wymóg posiadania doświadczenia w realizacji danego rodzaju robót budowlanych stawiany był przez Zamawiającego jako obligatoryjny (*yde* rozdział VII, pkt 3.3.1. SIWZ), wobec czego każdy z uczestników Postępowania, którego oferty nie odrzucono ze względu na brak doświadczenia, spełniał ten wymóg. Tym samym, okoliczność tą trudno traktować jako argument przemawiający za możliwością obniżenia ceny, gdyż była ona właściwością, jaką cechować się musiał każdy oferent. Owszem, Odwołujący nie przeczy temu, że argumentem takim mogłoby być posiadanie wynikającego z doświadczenia i wiedzy specjalistycznej specyficznego *know-how*, w szczególności zaś wiedzy co do specyficznych metod realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia, dzięki którym można byłoby wygenerować oszczędności czasowe, czy też materiałowe. Tyle tylko, że na żadne takie okoliczności ZIBUD sp. z o.o. się nie powołała, nie przedstawiła również żadnych dowodów na występowanie w ramach jej przedsiębiorstwa takich „pro-oszczędnościowych” metod, czy też technologii robót.

Po czwarte, zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 5 wzoru umowy, udostępnionego w ramach Postępowania: „Wykonawca oświadcza, iż zapoznał się z SIWZ, dokumentacją projektową, STWiORB, warunkami realizacji przedmiotu umowy, w tym z terenem budowy to znaczy z wszelkimi ograniczeniami, warunkami miejscowymi, położeniem terenu robót, dojazdem i warunkami terenu budowy - które mogą mieć wpływ na wykonywane roboty i w całości je akceptuje. Wykonawca oświadcza, że dokumenty i informacje dotyczące przedmiotu umowy są w pełni wystarczające do jego prawidłowego i terminowego jego wykonania”. Co za tym idzie, każdy oferent ubiegający się o uzyskanie zamówienia w ramach Postępowania musiał zapoznać się z dokumentacją i terenem budowy oraz specyfiką robót, które ma wykonać - gdyż zaznajomienie się z nimi jest konieczne dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową. W rezultacie, oczywistym jest że skoro każdy z oferentów musi znać dokumentację oraz teren budowy, to taka znajomość nie może być traktowana jako czynnik mogący „zmniejszać” cenę ofertową.

Po piąte, znamienym jest i to, że do wyjaśnień z dnia 28.04.2020r. nie przedstawiono jakiegokolwiek zestawienia wartościowego, wskazującego na ceny jednostkowe materiałów i czynników cenotwórczych niezbędnych do realizacji zamówienia, a wyłącznie ich zestawienie ilościowe. W rezultacie, w oparciu o taki dokument nie sposób ustalić, czy cena zaoferowana przez ZIBUD sp. z o.o. jest realna, jako że nie są znane stawki jednostkowe poszczególnych materiałów, których wykorzystanie zadeklarował ZIBUD sp. z o.o.

Po szóste, uwypuklenia wymaga i to, że wskazane w piśmie z dnia 28.04.2020r. ilości czynników cenotwórczych są niższe niż te, które wynikają z przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego. Rozbieżności te nie zostały przez ZIBUD sp. z o.o. w jakikolwiek sposób wyjaśnione, podczas gdy jasnym jest przecież, że skoro przedmiar służyć ma do możliwie jak najbardziej precyzyjnego określenia ilości niezbędnych do wykonania robót, dokument ten winno się uznawać za wiarygodny i prawidłowo określający ich zakres ilościowy. Ewentualne odstępstwa od ilości określonych w przedmiarze winny zatem wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, które wykonawca ma obowiązek wyjaśnić - czego ZIBUD sp. z o.o. jednak nie uczyniła.

W tym miejscu w odwołaniu tabela zawierająca przykładowe rozbieżności

Niezgodność oferty ZIBUD sp. z o.o. z treścią SIWZ:

Oferta złożona przez ZIBUD sp. z o.o. nie odpowiadała treści SIWZ. Stosownie bowiem do pkt VII rozdziału 3 SIWZ: „Przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez Wykonawcę ze szczególną starannością wymaganą od profesjonalisty, zgodnie ze specyfikacją, dokumentacją wskazaną w pkt III, decyzjami administracyjnymi, postanowieniami umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do specyfikacji, przepisami prawa, ugruntowanymi zasadami wiedzy technicznej aktualnej na moment realizowania przedmiotu zamówienia oraz właściwymi wytycznymi uczestników procesu budowlanego”. Jak była o tym mowa wyżej w części końcowej pkt 3.1., w ramach swej oferty ZIBUD sp. z o.o. pominął w ogóle wykonanie szeregu prac (np. wykonanie „drenu francuskiego”, wzmocnienie drenów pionowych geowłókniną, zastosowanie tłucznia do wykonania górnej oraz dolnej warstwy podbudowy, czy też zaniżył ilość tłucznia niezbędnego do wykonania innych prac). Znamienym jest przy tym, że choć wynagrodzenie wykonawcy ma w ramach Postępowania charakter ryczałtowy - wobec czego przedmiar sporządzony przez Zamawiającego nie służy do jego obliczenia - to jednak pominięcie określonych robót oraz materiałów, których wykonanie (zastosowanie) jest niezbędne w świetle dokumentacji budowlanej wymienionej w rozdziale 3 w pkt III SIWZ, dowodzi, że prace te miałyby być przez oferenta (ZIBUD sp. z o.o.) pominięte. Skoro zaś tak, to zakres robót, których wykonanie oferuje ZIBUD sp. z o.o., jest inny (mniejszy) niż ten, którego

wykonanie jest niezbędne w świetle postanowień SIWZ. Odwołujący podał, że trafnie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r., KIO 2739/17 „porównanie zaofferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna”. Dokonując zatem takiego porównania wyraźnie uwidacznia się, że w ramach SIWZ Zamawiający oczekiwał m.in. wykonania „drenu francuskiego”, czy też zastosowania określonej ilości tłucznia (w tym: tłucznia o określonych parametrach), bądź geowłókniny. Wykonania tych robót i zastosowania tych materiałów nie zaferowała ZIBUD sp. z o.o. Ilości powołanych prac i materiałów nie są przy tym marginalne, lecz zgoła przeciwnie - liczone są w dziesiątkach tysięcy ton oraz tysiącach metrów, wobec czego ich pominięcie dowodzi wyraźnej niezgodności oferty ZIBUD sp. z o.o. z SIWZ. Niezgodność ta była dla Zamawiającego łatwa do ustalenia, gdyż wynikała wprost z pisma z dnia 28.04.2020r. Mimo to, Zamawiający kwestię tą w ogóle pominął.

Wadium:

Omawiając z kolei trzecią wadę, którą obarczona była oferta ZIBUD sp. z o.o., Odwołujący wskazał na cel i istotę wnoszenia przez wykonawców wadium w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ ustawa nie zawiera własnej normatywnej definicji wadium odwołać należy się w tym zakresie do art. 70⁴ § 1 KC, który stanowi, iż: „W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium)”. Ogólnie co do skutków wniesienia wadium - z uwzględnieniem, rzecz jasna, szczególnych rozwiązań przewidzianych w ustawie, zwłaszcza zaś w jej art. 46 ust. 4a i ust. 5 - odwołać można się do art. 70⁴ § 2 zd. 1 KC, który przewiduje, że: "jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyła się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia". Z literalnej treści przywołanych przepisów wynika niezbicie, że wnosząc wadium winien być „przystępujący do przetargu” (art. 70⁴ § 1 KC *in medio* w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy), a samo wadium musi zabezpieczać roszczenia kierowane wobec „uczestnika przetargu” (art. 70⁴ § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy). Wniesienie wadium przez podmiot nie będący uczestnikiem przetargu, jak również złożenie wadium, które nie zabezpiecza roszczeń Zamawiającego wobec uczestnika przetargu, nie spełnia zatem powołanych wymogów, wobec czego nie może być uznane za działanie zgodne z postanowieniami ustawy.

W odniesieniu do braku złożenia wadium przez ZIBUD sp. z o.o. Odwołujący mając na uwadze stan faktyczny wskazał, że kluczową i podstawową - co *a rubrica* wynika chociażby z ujęcia tej zasady jako pierwszej w rozdziale 2 ustawy zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień” - zasadą prowadzenia i udzielania przez zamawiających zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też wymóg przejrzystości dokonywanych czynności. Stosownie bowiem do art. 7 ust. 1 ustawy „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. W rezultacie, wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego winny być dokonywane w taki sposób, by nie faworyzowały one żadnego z oferentów, nie odstając od wymogu obiektywizmu na rzecz podejścia subiektywnego, ukierunkowanego na „utrzymanie” w mocy złożonej przez konkretnego wykonawcę oferty. Dokumentem, który miał stanowić w niniejszej sprawie wadium, była gwarancja ubezpieczeniowa, w której treści gwarant zobowiązał się spełnić swe świadczenie „nieodwołalnie i bezwarunkowo”. Taki sposób sformułowania zobowiązania gwaranta (ubezpieczyciela) powoduje, iż gwarancję uznawać można za gwarancję abstrakcyjną (oderwaną od treści stosunku podstawowego, którego zabezpieczeniu służy). Jednocześnie, jej beneficjent - Zamawiający, nie jest stroną stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę i gwaranta, co powoduje, że o treści praw i obowiązków beneficjenta (tutaj: Zamawiającego) przesądza treść dokumentu gwarancji. Dodatkowo, nie sposób pomijać i to, że gwarancja przedstawiona wraz z ofertą ZIBUD sp. z o.o. nie pochodzi od „byle jakiego” podmiotu, lecz od zakładu ubezpieczeń, a więc jednostki która posiada w obrocie gospodarczym określony status i podlega publicznoprawnemu nadzorowi - wobec czego traktować należy ją jako podmiot dochowujący

najwyższych standardów staranności i profesjonalizmu. Fakt ten nie może pozostać bez wpływu na ocenę i wykładnię oświadczeń składanych przez taki podmiot. W tym kontekście nie sposób pominąć tego, że w treści dokumentu gwarancji gwarant (zakład ubezpieczeń) zobowiązał się do zapłaty świadczenia na rzecz beneficjenta (Zamawiającego), o ile opisanych w treści gwarancji naruszeń dopuści się podmiot określony jako „Zleceniodawca”. Ponownie podkreślić trzeba zatem, że owym „Zleceniodawcą” był podmiot wskazany jednoznacznie jako „P.B.U. ZIBUD G. Z., Kamienica 477, 34-608 Kamienica, nr NIP: 7371839226” - a więc osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą pod konkretnym adresem (Kamienica 477, 34-608 Kamienica) i z określonym numerem NIP (7371839226). Odwołujący wskazał, że ani powyższy adres, ani też powyższy nr NIP nie są danymi ZIBUD Sp. z o.o. Dla Odwołującego jasnym jest przy tym, że do czynności dokonywanych w ramach Postępowania zastosowanie znajdować będzie Kodeks cywilny, w tym m.in. art. 65 tegoż kodeksu. Wszelako, zastosowanie KC możliwe jest wyłącznie w takim zakresie, w jakim nie będzie to pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy - co jednoznacznie wynika z art. 14 ust. 1 *in fine* ustawy. A zatem, ewentualnie dokonywane w niniejszej sprawie przez Zamawiającego zabiegi interpretacyjne bazujące na art. 65 KC dopuszczalne są tylko w takim zakresie i tylko o tyle, o ile nie będą one prowadzić do naruszenia (przełamania) wymogu uczciwej konkurencji, równości i przejrzystości. W tym kontekście prowadzenie przez Zamawiającego wykładni, w wyniku której ustalano by treść zobowiązania wynikającego ze złożonej przez oferenta gwarancji wadialnej w sposób sprzeczny z jej literalnym brzmieniem jest zupełnie niedopuszczalna, gdyż działanie takie wykraczało by poza ramy określone przez art. 65 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy. Rolą procesu wykładni jest bowiem sprecyzowanie treści oświadczenia woli w wypadkach wątpliwych, nie zaś - „przełamanie” jasnego i wyraźnego

brzmienia danego oświadczenia. Oświadczenia o treści jasnej i nie budzącej wątpliwości nie podlegają procesowi interpretacji, co wyraża się w paremii *clara non sunt interpretanda*. Zmieniennym jest zresztą, że takie też stanowisko wyrażono w opinii prawnej sporządzonej na zlecenie samego Zamawiającego, w której wskazano, że: „Przyjmuje się, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (tak też wyr. KIO z 30.07.2010 r., KIO 1514/10, LEXnr 617276)” (vide s. 3 opinii prawnej sporządzonej przez r.pr. A. A., ostatnie zdanie na stronie). dowód:*opinia prawna zlecona przez Zamawiającego (w aktach Postępowania)*

W tym kontekście wskazał Odwołujący, że zupełnie niezrozumiałym jest niekonsekwentne stanowisko zajęte w dalszej części rzeczony opinii prawnej, w którym stwierdzono, że dokonanie wykładni polegającej na odstąpieniu od wyraźnego i nie budzącego wątpliwości literalnego brzmienia dokumentu gwarancji na rzecz ustalenia, że zleceniodawcą jest w niej rzekomo ktoś inny, niż faktycznie wskazany, jest konieczne ze względu na (a) niemożność wykonania gwarancji w treści literalnej oraz (b) zasady współzycia społecznego. Mimo dokonanego przekształcenia przedsiębiorcy jednoosobowego - G. Z. z siedzibą Kamienica 477,

34-608 Kamienica, nr NIP: 7371839226

w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (ZIBUD sp. z o.o.), przedsiębiorca ten nie zaniechał prowadzenia działalności, lecz działa nadal jako podmiot gospodarczy. Co więcej, podmiot ten działa w zakresie robót związanych z budową dróg i autostrad (PKD: 42.1 I.Z) - a więc w obszarze, którego dotyczy Postępowanie. W rezultacie, zupełnie sprzeczne z faktami (a co za tym idzie: prowadzące do błędnej konkluzji) jest stanowisko wyrażone w opinii (s. 5, drugi akapit od góry strony), że: „ujawniony w treści ocenianego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty jest przedsiębiorca, który w dacie wystawienia tego dokumentu nie prowadził już działalności gospodarczej”. G. Z. prowadził bowiem i prowadzi nadal działalność gospodarczą, co potwierdzają załączone do odwołania wydruki z rejestrów i ewidencji.

Co za tym idzie, w dacie wystawiania rzeczony gwarancji w pełni możliwym było jej wystawienie na G. Z., wobec czego twierdzenie, że świadczenie gwaranta byłoby niemożliwe do spełnienia jest z gruntu błędne, jako sprzeczne z faktami. Parafrazując zatem stwierdzenie zawarte w rzeczony opinii prawnej (s. 4, pierwsze zdanie od góry strony) „nie ma wątpliwości jaką (czyją) ofertę, na jaki okres i w jakim zakresie zabezpiecza owa gwarancja” - gdyż zarówno literalne jej brzmienie, jak też fakt, iż podmiot ten istnieje, prowadzi nadal działalność i to w dodatku w sferze tożsamej z przedmiotem Postępowania, nie budzą wątpliwości co do treści gwarancji, która zabezpieczała zobowiązania Pana G. Z., a nie ZIBUD sp. z o.o. Analogicznie, za wadliwy należy uznać argument odwołujący się do rzekomego naruszenia zasad współzycia społecznego przez zastosowanie gwarancji wadialnej w sposób zgodny z jej literalną treścią. Paradoksalnie bowiem, to przyjęcie zaaprobowanej przez Zamawiającego wykładni prowadziłoby do naruszenia tych

zasad. Mieć trzeba przecież na uwadze, że prowadzone w trybie ustawy postępowanie ma cechować się przejrzystością, równością i konkurencyjnością (art. 7 ust.1 ustawy). Co za tym idzie, to właśnie te kryteria determinują w ramach ustawy sposób rozumienia „zasad współzycia społecznego”. Bez wątplenia zaś, zgodne z tymi zasadami nie jest to, by Zamawiający odstępował od literalnej i nie budzącej obiektywnych wątpliwości treści dokumentu jedynie z tego względu, by umożliwić konkretnemu wykonawcy „utrzymanie” ważności jego oferty.

Uzupełniająco Odwołujący wskazał również, że sposobu postrzegania zagadnienia nie zmienia ani znajdujący się w aktach Postępowania dokument „Wyjaśnienie” z dnia 08 maja 2020r. wystawiony przez A. B. w imieniu AXA Ubezpieczenia TUIR S.A., jak też datowany na 05 maja 2020r. dopisek na piśmie Zamawiającego do AXA Ubezpieczenia TUIR S.A. Otóż po pierwsze, zgodnie z treścią SIWZ wykonawca miał obowiązek wnieść wadium nie później niż w terminie składania ofert (pkt 1 rozdziału X SIWZ), a więc do dnia 23.04.2020r. (pkt 1 rozdziału XIII SIWZ). Złożone dnia 04 maja 2020 r. oświadczenia ubezpieczyciela (gwaranta) są w rezultacie następcze, dowodząc iż w dacie składania ofert (23.04.2020 r.) gwarancja wadialna nie istniała. Dokumenty te nie spełniając zatem wymogu terminowości wynikającego z pkt 1 rozdziału X w zw. z pkt 1 rozdziału XIII SIWZ. Po drugie zaś treść zawarta w rzezonych „Wyjaśnieniach” zasada się na tożsamym błędzie, co opinia prawna zlecona przez Zamawiającego: mimo przekształcenia działalności gospodarczej prowadzonej przez G. Z. w ZIBUD sp. z o.o. G. Z.

po dniu przekształcenia (aż do chwili obecnej) prowadził nadal działalność gospodarczą i to w dodatku z zakresem tożsamym, co przedmiot Postępowania. Jak zaś wynika jednoznacznie z art. 584² § 1-2 Kodeksu spółek handlowych, spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego, z tym że dotyczy to wyłącznie praw i obowiązków istniejących w dniu przekształcenia. Przypomnienia wymaga zatem, że oświadczenie o przekształceniu działalności G. Z. w ZIBUD sp. z o.o. datowane jest na dzień 22 stycznia 2020 r., a samo przekształcenie nastąpiło dnia 07 lutego 2020 r. Jednocześnie, gwarancja wadialna wystawiona została dnia 22 kwietnia 2020 r. - a więc w ponad dwa miesiące później, co w sposób oczywisty dowodzi, iż nie była ona objęta przekształceniem, jako że nastąpiła już po nim.

W świetle całokształtu opisanych wyżej okoliczności wyraźnie ujawnia się, iż złożona przez ZIBUD sp. z o.o. gwarancja ubezpieczeniowa nie była gwarancją, której wymagał w ramach Postępowania Zamawiający, co za tym idzie - dokument ten nie spełniał wymogów wynikających z rozdziału X Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wobec czego oferta ZIBUD sp. z o.o. winna zostać odrzucona po myśli art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowanie odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani

wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izłą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącej postępowania odwoławczego, wprowadzającą szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 23 czerwca 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w piśmie z dnia 1 czerwca 2020 roku „Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego”. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania oraz dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 - wydruk z CEIDG z dnia 24.06.2020r. przedsiębiorcy pod firmą G. Z. z siedzibą w Kamienicy, wydruk z rejestru statystycznego REGON dla G. Z. z dni 24 czerwca 2020 roku oraz wydruk z rejestru statystycznego REGON dla jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, spółki cywilnej, w której skład wchodzi ZIBUD E. Z i G. Z.,
- dowód nr 2 - pytanie z dnia 3 czerwca 2020r. i odpowiedź AXAUbezpieczenia Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji spółka akcyjna,
- dowód nr 3 - informacje z otwarć ofert w postępowaniach prowadzonych przez Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Sączu,
- dowód nr 4 - opracowanie własne - Zestawienie ilości tłuczniwa potrzebnego do wykonania podbudowy na poszczególnych elementach inwestycji wraz z załączonym wyciągiem dokumentacji technicznej,
- dowód nr 5 - opracowanie własne - informacja odnosząca się do dokumentacji zestawienia materiałów przedstawionych przez wykonawcę ZIBUD wraz z załączonym wyciągiem dokumentacji technicznej.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 6) zawnioskowany i złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy tj. dokumentacja w zakresie inwestycji rewitalizacji parku Strzelecki w Nowym Sączu, gdzie ZIBUD jest podwykonawcą firmy ERBET.

V.

Izba ustaliła:

Wykonawca ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy (na dzień składania oferty) do oferty z dnia 23 kwietnia 2020 roku załączył gwarancję wadialną Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium z dnia 22 kwietnia 2020 roku, w której wskazano Gwaranta: AXAUbezpieczenia TUIR S.A. z siedzibą w Warszawie, Beneficjenta: Miasto Nowy Sącz, oraz Zleceniodawcę P.B.U ZIBUD G. Z. z siedzibą Kamienica.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2020 roku od AXAUbezpieczenia TUIR S.A. z siedzibą w Warszawie Pan A. B. przedstawił Wyjaśnienia, w których wskazuje,

że Zleceniodawcą w Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium nr 9B/UL2018/31 wystawionej w Warszawie w dniu 22 kwietnia 2020 roku jest P.B.U. ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy. Wyjaśnia również, że w Gwarancji Zleceniodawca został wpisany jako Firma P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica wyjaśniając, że jednak zgodnie z KRS 0000827553 Firma P.B.U. ZIBUD G. Z. przekształciła się w P.B.U. ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tak więc wadium dotyczy dokładnie tego samego Zleceniodawcy, a zapisy w treści wynikły z problemów w naszym systemie.

Pismem z dnia 8 maja 2020 roku od AXAUbezpieczenia TUIR S.A. z siedzibą w Warszawie Pan A. B. przedstawił kolejne Wyjaśnienia, w których wskazuje, że Zleceniodawcą w Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium nr

9B/UL2018/31 wystawionej w Warszawie w dniu 22 kwietnia 2020 roku była firma P.B.U. ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy NIP 7372221327. Wyjaśnia, że w treści gwarancji Zleceniodawca został wpisany jako Firma P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226 wyjaśniają jednak zgodnie z KRS 0000827553 Firma P.B.U. ZIBUD G. Z. przekształciła się w P.B.U. ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tak więc wadium dotyczy dokładnie tego samego Zleceniodawcy, a zapisy w treści wynikły z problemów w naszym systemie, spowodowanym nie zarejestrowaniem aneksu do umowy limitowej, co spowodowało wygenerowanie poprzedniej nazwy Zleceniodawcy na gwarancji wadium.

Izba ustaliła, że działalność gospodarcza prowadzona przez G. Z. pod firmą G. Z. Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe ZIBUD z siedzibą w Kamienicy (NIP 7371839226) została przekształcona trybie przepisów Kodeksu Spółek Handlowych w dniu 7 lutego 2020 r. w spółkę P.B.U. ZIBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (NIP: 7372221327). Następnie w dniu 27 kwietnia 2020 r. w spółkę ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (NIP: 7372221327).

Izba ustaliła, że działalność gospodarcza prowadzona przez G. Z. pod firmą G. Z. Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe ZIBUD z siedzibą w Kamienicy (NIP 7371839226) nie została wykreślona z CEDIG, co wynika ze złożonych w trakcie rozprawy dowodów (dowód nr 1) oraz dokumentów załączonych do odwołania. Izba zaznacza również, że uczestnik postępowania odwoławczego we wniesionym zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego podał, że: Pan G. Z., choć formalnie dalej figurował w rejestrze CEIDG nie prowadził za jej pomocą żadnej działalności. Jedyna usługi jakie po przekształceniu świadczył Pan G.Z. dotyczą tzw. najmu prywatnego (z którego to tytułu jest w dalszym ciągu zarejestrowany jako czynny podatnik VAT) i w żaden sposób nie są one związane z budową dróg czy autostrad.

Izba ustaliła, że w zgodnie z Rozdziałem XIV SIWZ cena oferty ma charakter ryczałtowy.

Izba ustaliła, że w wyniku udzielonych wyjaśnień do SWIZ Zamawiający za pismem z dnia 9 kwietnia 2020 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 7 Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów poprzez wzmocnienie istniejącego podłoża metodami na miejscu np. poprzez stabilizację spoiwami hydraulicznymi. udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający dopuszcza wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów pod warunkiem uzyskania akceptacji Projektanta Głównego i Projektanta części drogowej — tj. zgodnie z procedurami dotyczącymi zmian technologii wykonania robót określonymi we wzorcu umowy (załącznik nr 2 do specyfikacji).

Załącznik nr 2 do SWIZ stanowi Wzór umowy. W par. 26 wprowadzono regulacje dotyczące Zmian umowy.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „ZIBUD sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, jako że spółka ta nie złożyła wymaganego przez Zamawiającego wadium - Izba uznała zarzut za zasadny.

W odniesieniu do zarzutu odwołania i argumentacji zawartej w uzasadnieniu dowołania Izba wskazuje, że za zasadne uznała stanowisko Odwołującego wskazujące na brak zabezpieczenia oferty wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy (określenie wykonawcy składającego ofertę) wymaganym wadium.

W ocenie Izby wymaga podkreślenia, że forma czynności prawnej ustanowienia wadium niepieniężnego określona jest zasadniczo innymi przepisami właściwymi dla danego rodzaju zabezpieczenia wadialnego i dla swojej skuteczności ustanowione wadium musi być wystawione zgodnie z tymi obowiązującymi przepisami.

Skuteczność, a w konsekwencji prawidłowość wniesionego wadium w postępowaniu

Odzielenie zamówienia publicznego, oceniana jest również w kontekście uszczegółowionych wymagań wskazanych w ustawie. Wymaga wskazania, co jest istotne z poziomu oceny gwarancji wadialnej złożonej w postępowaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego, że gwarancja ubezpieczeniowa nie jest dokumentem uregulowanym co do zakresu informacji, a stanowi specyficzną, ukształtowaną głównie przez praktykę czynność ubezpieczeniową znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody kształtowania zobowiązań (art. 353¹ k.c.). W piśmiennictwie podkreśla się, że treść gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza - Zamawiającego) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego (Paweł Banasik „Definicja formy wadium w zamówieniach publicznych). Wskazać należy na podnoszone w piśmiennictwie, z uwagi na specyfikę zobowiązania jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, że treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni liberalnej, elastycznej. Oznacza to, że treść gwarancji ubezpieczeniowej winna być odczytywana w sposób literalny i brak jest w takim przypadku jakiegokolwiek miejsca na dokonywanie wykładni, w tym wykładni rozszerzającej. Izba zaznacza, że wskazanie Zleceniodawcy w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej stanowi w zasadzie jedyny element identyfikujący, który pozwala na ocenę i określenie czy dana gwarancja wadialna zabezpiecza określoną ofertę danego wykonawcy w skonkretyzowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oceniając skuteczność zabezpieczenia danej oferty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która stanowi swoiste zobowiązanie określone jedynie treścią owej gwarancji wadialnej należy mieć na uwadze, że wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej danego Zleceniodawcy powoduje, że Gwarant jest obowiązany do wypłaty sumy gwarancyjnej w okolicznościach określonych w gwarancji wadialnej z uwagi na określone zachowania Zleceniodawcy. Tym samym określenie Zleceniodawcy w przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej należy uznać za element konieczny zobowiązania zawartego w gwarancji ubezpieczeniowej (przy uwzględnieniu, że nie wskazano w treści gwarancji podmiotu, którego ofertę owe wadium zabezpiecza) ponieważ tylko ono pozwala na zidentyfikowanie podmiotu składającego ofertę, którą to ofertę dana gwarancja ubezpieczeniowa ma zabezpieczać.

W ocenie Izby za słuszne należy ocenić stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, że w zasadzie zlecić (albo wpłacić, gdy wadium wnoszone jest w pieniądzu) może inny podmiot, niż ten który składa ofertę. Jednakże elementem niezbędnym dla stwierdzenia skuteczności takiego wadium jest podanie w treści gwarancji podmiotu (wykonawcy), który ofertę w postępowaniu składa i którego oferta tym wadium zostaje zabezpieczona.

Izba stwierdziła, że ofertę w postępowaniu złożyła ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy natomiast jedynym ujawnionym w treści gwarancji wadialnej zabezpieczającej tą ofertę podmiotem jest Zleceniodawca P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226. W ocenie Izby w sposób jednoznaczny wynika z powyższego, że inny podmiot złożył ofertę, a inny podmiot został ujawniony w treści gwarancji wadialnej.

Nie można uznać za skuteczną w ocenie Izby argumentację Zamawiającego sprowadzającą się do twierdzenia, że uczestnik postępowania odwoławczego skutecznie wniósł wadium, a formalizm postępowania nie może przesłaniać naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych tzn. udzielania zamówień na rzecz wykonawcy którego oferta jest najkorzystniejsza oraz zgodna z wymaganiami SIWZ.

Izba podkreśla, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, jednakże nie można uzasadniać odstępstwa od formalnego ze swej istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu utrzymania w postępowaniu oferty, która wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ nie spełnia. Izba wskazuje, mając na uwadze poczynione wyżej ustalenia faktyczne, że próba „racjonalnego analizowania dokumentów gwarancji wadialnej” złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego dokonana przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający prowadził swoją wykładnię treści dokumentu gwarancji wadialnej, która w efekcie doprowadziła do zmiany podmiotu Zleceniodawcy ujawnionego w treści gwarancji wadialnej - Zamawiający zwyczajnie zastąpił jeden podmiot innym podmiotem, tym samym prowadząc do nieuprawnionej zmiany Zleceniodawcy, co więcej podmiotu, który zabezpieczył

swoją ofertę wymagany wadium. Zamawiający w ten sposób sanować chciał jak to określił w piśmie z dnia 23 czerwca 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” omyłki dokumentów wystawianych przez instytucje, na których treść nie ma on wpływu, jak uzasadnił Zamawiający jeżeli z treści tych dokumentów oraz innych okoliczności można wywnioskować, że czynią ona zadość wymogom Zamawiającego. Wykonawca nie może odpowiadać za błędy gwarancji, które nie powstały z jego winy.

Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania takich zmian, bowiem należy to uznać za zmianę treści gwarancji a nie jej poprawę. Po pierwsze, wykonawca ma wpływ na treść dokumentów jakie pochodzą od innych instytucji. Skoro uczestnik postępowania odwoławczego złożył zlecenie wystawienia gwarancji na podmiot ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy, to takiej gwarancji powinien być oczekiwać, a po jej uzyskaniu powinien być ją zweryfikować nim przedstawił ją Zamawiającemu. Dowodzi to również tego, że uczestnik postępowania odwoławczego miał pełną świadomość tego, że ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy składająca ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia stanowi inny, odrębny podmiot od P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226, która nie złożyła oferty w tym postępowaniu. Uwzględniając stan faktyczny tej sprawy Izba podkreśla, że P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226 nadal ujawniona jest w CEDIG, nadal w zakresie wykonywanej działalności ma ujawnione roboty związane z budową dróg i autostrad (kod PKD 42.11.Z). Wymaga również zaznaczenia, że zgodnie z niekwestionowaną przez uczestnika postępowania odwoławczego informację Pan Z. prowadzi działalności gospodarczą w ramach spółki cywilnej, która również ma ujawnione roboty związane z budową dróg i autostrad (kod PKD 42.11 .Z).

Izba podkreśla w tym miejscu, że Zamawiający oparł swoją argumentację i prowadzoną wykładnię na przekonaniu, że w dacie wystawienia gwarancji wadialnej w dniu 22 kwietnia 2020 roku Zleceniodawca ujawniony w tej gwarancji nie prowadził już działalności gospodarczej na co wskazywało stanowisko zawarte w piśmie procesowym - W niniejszej sprawie kluczowe jest to, że jako zleceniodawca ujawniony w treści ocenianego dokumentu Gwarancji jest przedsiębiorca, który w dacie wystawienia tego dokumentu nie prowadził już działalności gospodarczej pod tą firmą, bowiem uległ przekształceniu w jednoosobową spółkę kapitałową - oferenta w postępowaniu. Jak również: W tym miejscu zarzucić należy, że nie jest prawdą jakoby G. Z. prowadził w dacie wstawienia Gwarancji i złożenia oferty przez Przystępującego działalność w formie indywidualnej działalności gospodarczej, posługując się firmą „G. Z.”. Temu stanowisku Zamawiającego przeczy w sposób jednoznaczny sam uczestnik postępowania odwoławczego, który w zgłoszeniu przystąpienia podał, że Pan G. Z., choć formalnie dalej figurował w rejestrze CEIDG nie prowadził za jej pomocą żadnej działalności. Jedyna usługi jakie po przekształceniu świadczył Pan G. Z. dotyczą tzw. najmu prywatnego (z którego to tytułu jest w dalszym ciągu zarejestrowany jako czynny podatnik VAT) i w żaden sposób nie są one związane z budową dróg czy autostrad. Co w sposób jednoznaczny podkreśla, że do wykreślenia z rejestru CEIDG nie doszło. Słusznie również dostrzegł Odwołujący, że zgodnie ustawą z dnia 6 marca 2018r. o centralnej ewidencji działalności gospodarczej (Dz. U. tj. z 2019 r. poz. 1291 ze zm.) art. 15 ust. 1 pkt 1 lit. a - Przedsiębiorca jest obowiązany złożyć wniosek o zmianę wpisu w CEIDG w terminie 7 dni od dnia zmiany danych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, z wyjątkiem danych w zakresie numeru PESEL, pkt 2, 5-8, lub - powstałą po dniu jego dokonania. Wymaga tym samym zaznaczenia, że jeśli przedsiębiorca przestałby prowadzić działalność gospodarczą jest obowiązany złożyć wniosek o wykreślenie z CEIDG. Wniosek ten składa, gdy kończy wszelką działalność gospodarczą podlegającą ewidencjonowaniu w CEIDG. Wymaga również wskazania, że zarówno wpis jak i zmiany podlegają obowiązkowemu ujawnieniu. Na podstawie art. 16 ust.1 ww. ustawy domniemywa się, że dane wpisane do CEIDG są prawdziwe. Osoba fizyczna wpisana do CEIDG ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną zgłoszeniem do CEIDG nieprawdziwych danych, jeżeli podlegały obowiązkowi wpisu na jej wniosek, a także niezgłoszeniem danych podlegających obowiązkowi wpisu do CEIDG w ustawowym terminie albo niezgłoszeniem zmian danych objętych wpisem, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą osoba wpisana do CEIDG nie ponosi odpowiedzialności.

Faktem jest, że - co wynika także z dowodów złożonych przez Odwołującego - że w dniu 7 lutego 2020 roku P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226 przekształcona została w jednoosobową spółkę kapitałową tj. P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7372221327), jednakże na dzień wydawania orzeczenia P.B.U. ZIBUD G. Z. Kamienica NIP 7371839226 nie została wykreślona z CEIDG. Izba wskazuje, że Sąd Najwyższy

postanowieniu z dnia 21 marca 2017 roku sygn. akt II UZ 89/16 wyjaśnił, Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela pogląd przyjęty w postanowieniu Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2016 r., W postanowieniu tym Sąd Najwyższy wskazał, że skutkiem przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością przekształceniu ulega nie sam podmiot, lecz przedmiot jego działalności, to jest prowadzone przez niego przedsiębiorstwo. Stwierdził dalej, że po przekształceniu osoba fizyczna przestaje istnieć jedynie jako przedsiębiorca, lecz istnieje nadal jako podmiot prawa; nie staje się też nowym przekształconym podmiotem lecz jest jedynym wspólnikiem spółki. W konsekwencji uznał, że nie mamy tu do czynienia z sukcesją generalną, czy pełną kontynuacją podmiotu przekształcanego w inną postać prawną, które sytuowałyby spółkę przekształconą w sytuacji następcy prawnego jednoosobowego przedsiębiorcy, ale z ograniczonym zakresem kontynuacji wynikający z KSH. Co z kolei oznacza, że wstąpienie utworzonej spółki w prawa i obowiązki związane z działalnością gospodarczą prowadzoną przez jednoosobowego przedsiębiorcę nie skutkuje następstwem prawnym o charakterze ogólnym, a ma jedynie charakter *successio singularis* w rozumieniu KPC. Oznacza to, jak dalej wyjaśniał Sąd Najwyższy, że przekształcona spółka może wejść w toku sprawy w miejsce przekształconego podmiotu, jednak konieczne jest na to zezwolenie strony przeciwnej. W tym kierunku wypowiedział się również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 grudnia 2014 r., stwierdzając, że omawiana forma przekształcenia nie jest formą transformacji ustrojowej istniejącego już podmiotu i nie wiąże się z sukcesją prawnopodatkową. Przekształcenie przedsiębiorcy, o którym mowa w KSH, prowadzi do utworzenia spółki prawa handlowego, która wcześniej nie istniała; równocześnie nie ustaje byt prawny osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Tym samym nie można stwierdzić, że w przypadku przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę prawa handlowego zachowana zostaje ciągłość podmiotowa. Mając na uwadze, że zgodnie z informacją zawartą w CEIDG przekształcenie dokonane zostało w dacie 2 lutego 2020 roku natomiast do wykreślenia działalności z CEDIG nie doszło (choć mając na uwadze postanowienia art. 584 (5) należy dodatkowo zaznaczyć, że do przekształcenia przedsiębiorcy wymaga się między innymi dokonania w rejestrze wpisu spółki przekształconej i wykreślenia przedsiębiorcy przekształcanego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej natomiast brak wykreślenia nie niweczy przekształcenia), to gwarancja wadialna z dnia 22 kwietnia 2020 roku wystawiona po ww. terminie nie stanowi dokumentu, który przekształceniem był objęty. Brak złożenia wniosku o wykreślenie z CEDIG, przy czym należy zaznaczyć, że przedsiębiorca obowiązany jest do takiego działania a skutek wykreślenia jest deklaratoryjny, w realiach rozpoznanej sprawy brak złożenia wniosku o wykreślenie może mieć inne przyczyny. Mianowicie w doktrynie przedmiotu podnosi się pewien problem praktyczny pojawia się w przypadku przekształcenia w jednoosobową spółkę kapitałową takiego przedsiębiorcy, który uczestniczył również w spółce cywilnej. Kwestia dotyczy tego, czy w takiej sytuacji przekształceniu podlega całość działalności wpisanej do CEIDG, czy - jak próbują argumentować niektórzy przedsiębiorcy - tylko działalność wykonywana indywidualnie, ale już nie działalność wykonywana w ramach spółki cywilnej (zob. bliżej wyr. WS>4 w Warszawie z 2.3.2016 r., Legalis). Choć zagadnienie jest problematyczne, wydaje się, że w spółkę kapitałową przekształca się w omawianym przypadku podmiot, czyli przedsiębiorca wpisany na CEIDG, a nie jeden z przejawów jego działalności (jest to transformacja podmiotowa). Powinno zatem dojść do wykreślenia przedsiębiorcy z ewidencji Niemniej jednak trzeba przyznać, że w praktyce pojawiały się w tym zakresie wątpliwości. (Ustawa o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy. Komentarz red. dr hab. G. Kozieł; legalis).

Wymaga szczególnego odnotowania w tym miejscu, że w doktrynie przedmiotu za trafne uznano, że przekształceniu musi ulec cała działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorcę przekształcanego, a nie np. jej część, ograniczona do części przedsiębiorstwa, co jednak nie stoi na przeszkodzie kontynuowaniu przez niego działalności gospodarczej w oparciu o nowe składniki (tak M. Tofel, w: Bieniak i in., Komentarz KSH, 2020, art. 584, Nb 4) - Kodeks spółek handlowych. Komentarz red. Z. Jara. Co oznacza niezbitcie, że działalność gospodarcza nadal może być kontynuowana, a co za tym idzie może zaistnieć okoliczność, w której do wykreślenia z CEDIG nie dojdzie, a jedynie ujawniony zostanie wpis o przekształceniu. Taka właśnie okoliczność ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, gdzie również przedsiębiorcą prowadzi działalność w ramach spółki cywilnej.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe i fakt, że firma G. Z. Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe ZIBUD z siedzibą w Kamienicy (NIP 7371839226) nie została wykreślona z CEIDG oraz nadal również funkcjonuje w ramach spółki cywilnej, oraz że na dzień składania ofert tj. 24 kwietnia 2020 roku funkcjonowała P.B.U. ZIBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (NIP: 7372221327) (która została w dniu 27 kwietnia 2020 r. przekształcona w spółkę ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa NIP: 7372221327)) to oferta P.B.U. ZIBUD Spółk

z ograniczoną odpowiedzialnością (NIP: 7372221327), do której złożono wadium w postaci gwarancji wadialnej, gdzie ujawnionym zleceniodawcą był G. Z. Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe ZIBUD z siedzibą w Kamienicy (NIP 7371839226) nie mogła zostać uznana za prawidłowo zabezpieczoną wadium.

Żadnego uzasadnienia w obliczu powyższych argumentów nie może stanowić odwołanie do wykładni oświadczenia woli, które w tym przypadku prowadziłyby w ocenie Izby do zmiany podmiotu Zleceniodawcy w gwarancji wadialnej pomimo faktu, że zarówno przedsiębiorca jak i spółka mogły zlecić wystawienie gwarancji, ale mogły również tą gwarancję otrzymać i z punktu widzenia prawnego nie stało na przeszkodzie nic, aby każdy z tych podmiotów mógł złożyć ofertę w postępowaniu.

Fakt załączenia do oferty gwarancji wadialnej niezgodnej z treścią zlecenia, do którego referował w wystąpieniu uczestnik i Zamawiający, nie daje w ocenie Izby żadnej podstawy do prowadzenia jakiegokolwiek wykładni oświadczenia skoro zarówno działalność gospodarcza jak i spółka były ujawnionymi w odpowiednich rejestrach podmiotami. Dokument gwarancji wadialnej, stanowiący gwarancję ubezpieczeniową w swej treści zawiera określenie zleceniodawcy i w nie sposób dokonywać tak dalece idącej wykładni, która prowadziłaby do zmiany Zleceniodawcy mając również na uwadze, że wystawca gwarancji AXA Ubezpieczenia TUIR S.A. z siedzibą w Warszawie zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z 12 kwietnia 2016r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji w par. 6 ust. 1 pkt 3 obowiązany jest prowadzić rejestr zawartych umów ubezpieczenia należy prowadzić w sposób umożliwiający uzyskanie o umowie ubezpieczenia co najmniej następujących informacji danych identyfikujących ubezpieczającego, w przypadku zaś umów indywidualnych również dane identyfikujące ubezpieczonego i uprawnionych z umowy ubezpieczenia. Natomiast zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 roku (tj. Dz. U. z 2020 poz. 895) art. 4 ust. 7 czynnościami ubezpieczeniowymi są również udzielane gwarancje ubezpieczeniowe. Powyższe pozwala jednoznacznie stwierdzić, że AXA Ubezpieczenia TUIR S.A. z siedzibą w Warszawie we wskazanym rejestrze G. Z. Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe ZIBUD z siedzibą w Kamienicy (NIP 7371839226) na rzecz którego gwarancja została wystawiona. Izba podziela stanowisko Odwołującego.

że rola wykładni oświadczenia woli nie jest „przelamanie” jasnego i wyraźnego brzmienia danego oświadczenia lecz sprecyzowanie czy wyjaśnienie oświadczenia woli w okolicznościach gdy to jest niejasne.

W odniesieniu do dowodu nr 2 Izba stwierdziła, że dowód ten niczego w tym postępowaniu odwoławczym nie dowodzi, tym samym jest on bezprzedmiotowy dla rozpoznania sprawy.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył regulację art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.B.U. ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy ponieważ oferta ta nie została zabezpieczona wymaganym przez Zamawiającego wadium.

W zakresie zarzutu naruszenia naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy mimo, że złożyła ofertę której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - Izba zarzut uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy Zamawiający nie dopatrywał się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ w odniesieniu do

przedmiotu wykonania zamówienia.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotykają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył do protokołu, że technologia zaproponowana przez uczestnika polega na wyciągnięciu części gruntu, zmieszaniem go z cementem i zasypaniu z powrotem. Jest to inna technologia niż określona w dokumentacji ale tańsza ale realna w kwocie, która została zaoferowana.

Uczestnik postępowania odwoławczego natomiast wskazał, że zgodnie z projektem wykonawca winien był zrobić koryto (roboty ziemne) i wywieźć ten wykopany materiał, natomiast w to miejsce wsypać tłuczeń zgodnie z projektem i położyć na dole geowłókninę. Natomiast wykonawca zaoferował rozwiązanie zgodnie z którym wykopie koryto na 50 cm, wzmocni istniejący grunt poprzez rozsypanie cementu, rozmieszanie cementu z istniejącym gruntem na grubość 40 cm gruntu i na tą warstwę dosypie kruszywa co nazywa się doziarnieniem oraz wykona górną warstwę z kruszyn oraz nawierzchnię bitumiczną. Wskazuje, że geowłókniny się nie dodaje i w tym wykonaniu tej geowłókniny nie będzie, ponieważ gdyby ją chciano użyć to zostałaby zmieszana z warstwą gruntu, który został zmieszany z cementem, a co wiązałoby się ze zniszczeniem tej geowłókniny. Na warstwie kruszywa układa się pakiety warstw bitumicznych. Wskazuje, że łączna grubość warstw wszystkich wynosi 93 cm. Pełnomocnik wyjaśnia, że geowłóknina z wyjaśnień z 28.04.2020r. została wskazana, ponieważ droga o szerokości 6 metrów, która jest do wykonania na szerokości ok. 4m będzie realizowana w technologii stabilizacji gruntu cementem, natomiast pozostałe ok. 2m z uwagi na to, że biegnie tamtędy kanał burzowy oraz sieci techniczne to będzie konieczne wykonanie tych robót zgodnie z przyjętą technologią w dokumentacji postępowania, bowiem w innym przypadku nastąpiłoby zniszczenie tych sieci. Pełnomocnik wyjaśnia, że przy tej technologii stabilizacją cementem mniejszy jest zakres korytowania, mniej jest gruntu do wywiezienia, tym samym mniejszy czas pracy maszyn, urządzeń, robocizny. Natomiast mając na uwadze, że kanał burzowy zgodnie z projektami jest poniżej 90 cm, to może zaistnieć sytuacja, że cała inwestycja będzie realizowana w stabilności cementem.

Faktem jest, że Zamawiający udzielił wyjaśnień w dniu 9 kwietnia 2020 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 7 czy Zamawiający dopuszcza wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów poprzez wzmocnienie istniejącego podłoża metodami na miejscu np. poprzez stabilizację spoiwami hydraulicznymi podając, że Zamawiający dopuszcza wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów pod warunkiem uzyskania akceptacji Projektanta Głównego i Projektanta części drogowej — tj. zgodnie z procedurami dotyczącymi zmian technologii wykonania robót określonymi we wzorcu umowy (załącznik nr 2 do specyfikacji). Izba ustaliła, że w

Załączniku nr 2 do SIWZ Wzór umowy, w par. 26 wprowadzono regulacje dotyczące Zmian umowy.

Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego nie może być w ocenie Izby odczytywana jako uprawnienie do złożenia oferty na inny w zasadzie przedmiot zamówienia niż określił to w obowiązującej dokumentacji Zamawiający. W Rozdziale III SIWZ Zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres przedmiotowych robót budowlanych określony został za pomocą: (1) dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych zawierającej projekt budowlany, projekt wykonawczy, informacje BIOZ, przedmiar robót (który miał charakter pomocniczy i nie służył wyliczeniu ceny) oraz (2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający udzielając wskazanej odpowiedzi nr 7 nie dokonał jakichkolwiek zmian w dokumentacji technicznej, która stanowiła opis przedmiotu zamówienia. Jedynie, nawet nie odnosząc się w odpowiedzi do tego jakie to wzmocnienie podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów Zamawiający dopuścił - w zasadzie pozostawiając nieskończone otarty katalog takich zmian - wskazał, że dopuszcza wykonanie wzmocnienia podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg i parkingów pod warunkiem uzyskania akceptacji Projektanta Głównego i Projektanta części drogowej — tj. zgodnie z procedurami dotyczącymi zmian technologii wykonania robót określonymi we wzorcu umowy (załącznik nr 2 do specyfikacji).

Można byłoby w tym miejscu postawić pytanie, co Zamawiający ocenił w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którego wykonanie zaoferował ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy, oraz w jaki sposób Zamawiający dokonał porównania złożonej oferty z wymaganymi SIWZ, skoro porównanie tych dokumentów jest immamentną cechą oceny spełnienia obligatoryjnych przesłanek odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nasów się również kolejne pytanie odnoszące się tego w jaki sposób Zamawiający chciał porównać oferty złożone w postępowaniu, skoro każda z nich została złożona w zasadzie na zupełnie inny przedmiot. To ostatnie pytanie znalazło swoje wyjaśnienie w trakcie rozprawy, gdzie Zamawiający wyjaśnił, że porównywał dwie oferty, która jedna była złożona na wykonanie materaca wzmacniającego z tłuczni, a druga ofertę na wykonanie materaca wzmacniającego z materiału stabilizacyjnego. Co oznacza, że Zamawiający bez dokonania zmiany SIWZ porównał dwie oferty złożone na zupełnie inny przedmiot, w tym jedna z ofert została złożona na przedmiot zamówienia niezgodny z tym określonym w SIWZ. Gdyby Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, a tym samym umożliwił złożenie oferty w postępowaniu na ten inny, zmieniony przedmiot zamówienia to możliwe byłoby porównanie złożonej oferty w odniesieniu do przyjętego opisu ale również skuteczne jej złożenie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie dokonał on czynności umożliwiającej złożenie oferty na inny przedmiot zamówienia.

Zamawiający, co Izba wskazał wyżej już, dopuścił jakieś nieokreślone rozwiązanie, które będzie wprowadzone na etapie realizacji, bowiem sam odwołał się do procedur zwartych we wzorze umowy, gdzie przewidziano zmiany umowy w zakresie spełnienia świadczenia wynikające ze zmiany technologii lub materiałów. Niemniej ani w piśmie procesowym, ani w trakcie rozprawy Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób owo odwołanie do wzoru umowy miałyby wpływać na dopuszczalność zaoferowania w postępowaniu przedmiotu zamówienia odbiegającego od tego określonego w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia. W żaden sposób Zamawiający nie wyjaśnił jak należy odnosić do takiej zmiany realizacji przedmiotu, na etapie ofertowania, dokumentację jaka stanowiła podstawę opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił również w jaki sposób faktycznie dokonał oceny zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ i określonymi tam wymaganiami skoro nie miał żadnej wiedzy w tym zakresie. Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób ocenił ofertę mając na uwadze postanowienia punktu 12 Formularza oferty, gdzie wykonawca zaakceptował dokumentację oraz inne okoliczności realizacji zamówienia i w całości je zaakceptował. Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, że Zamawiający wprost i jednoznacznie dopuścił wykonanie części robót związanych z wzmocnieniem podłoża gruntowego dla nawierzchni dróg w technologii równoważnej. Dopuszczenie w dokumentacji postępowania rozwiązań równoważnych wymaga także dokonania określonych czynności w tej dokumentacji, których Zamawiający nie wskazał, bowiem ich nie wprowadził. To również uniemożliwia jakiegokolwiek porównanie złożonych ofert w postępowaniu, jak również ocenę oferty ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy jako złożoną zgodnie z postanowieniami SIWZ i wskazanych tam dokumentów opisujących przedmiot zamówienia. Izba jednakże dostrzegła, że w odpowiedzi na pytanie nr 7 Zamawiający nie wskazał na rozwiązania „równoważne”. Także treść złożonej oferty nie podlegała żadnemu

wyjaśnieniu ponieważ Zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 a do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy, która nie odpowiadała przedmiotowi zamówienia opisanego w SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, jako że oferta wymienionej spółki zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - Izba uznała zarzut za zasadny.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację (przy zarzucie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) oraz oświadczenia Zamawiającego złożonego do protokołu, że technologia zaproponowana przez uczestnika polega na wyciągnięciu części gruntu, zmieszaniem go z cementem i zasypaniu s powrotem. Jest to inna technologia niż określona w dokumentacji ale tańsza ale realna w kwocie, która została zaoferowana - potwierdza jednoznacznie, że zaoferowana cena przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia określony w dokumentacji jaka została w tym postępowaniu udostępniona przez Zamawiającego odnosi się do innej, niż zaoferowana, technologii wykonania - co było dla Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego jednoznaczne - a technologia zaproponowana przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy jest inna i przy tym tańsza to stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy ujmując, gdyby wykonawca miał wykonać nie to technologią inną ale tą określoną przez Zamawiającego przedmiot zamówienia, to zaoferowana przez niego cena 4 976 484, 50 zł stanowi cenę rażąco niską. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy na etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego to wykonawca ma wykazać, że jego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanej sprawie brakło w ogóle takiej argumentacji, ponieważ ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy swoich wyjaśnień nie odniósł do przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Wykonawca zaoferował inną, nieokreśloną w SIWZ technologię, która w zasadzie nie została określona w dokumentacji technicznej, taką technologię wycenił.

W zasadzie nieuprawniona zmiana technologii wykonania robót doprowadziła do dokonania wyceny przedmiotu oferowanego, który nie jest przedmiotem określonym w dokumentacji postępowania. Ponownie w tym wypadku uwidacznia się niemożliwość oceny oferty ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy ani co do przedmiotu zamówienia, ani w zakresie wysokości zaoferowania ceny. Skoro Zamawiający inaczej, w oparciu o inne elementy szacował wartość zamówienia, to w jaki sposób chciałby teraz odnosić cenę oferty do szacowanej wartości - a starał się taką argumentację w trakcie rozprawy podnosić - skoro zupełnie inne technologie zostały wycenione w szacunku zamówienia jak i w ofercie. Przedstawiony przez Zamawiającego dowód nr 6 w żaden sposób nie odnosi się do zaoferowanej przez ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy ceny oferty w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zdefiniowanego w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, tym samym był on nieprzydatny przy rozpoznaniu zarzutu odwołania.

W ocenie Izby dowody (nr 3, 4 i 5) przedstawione przez Odwołującego w obliczu tego, że oferta ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy dotyczy realizacji inwestycji w innej niż określona dokumentacją postępowania technologii są zupełnie nieprzydatne. Zestawienia materiałowe oraz ceny realizacji odnoszą się w zupełności do innych zakresów niż te, które wskazał uczestnik postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2020 roku. Niemniej są one zasadne w tym zakresie, że pokazują, że jakiegokolwiek dowodzenie czy argumentowanie w odniesieniu do oferty ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy sprowadziło się do wykazania niezgodności z treścią SIWZ.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty

ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy jako zawierającą rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Mając na uwadze powyżej rozpoznane zarzuty odwołania Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny oferty ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Kamienicy i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy ofertę wykonawcy ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy (po przekształceniu ZIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kamienicy).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: