Sygn. akt: KIO 2271/22

WYROK

z dnia 16 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Anna Chudzik

Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach,

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 2271/22

Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim - prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy PZP, nazwa zamówienia:

,,Rozbudowa drogi powiatowej nr 2718G w miejscowości Rywałd w zakresie budowy chodnika, zjazdów." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień

Publicznych pod numerem 2022/BZP 00254608/01 w dniu 14 lipca 2022 roku.

W dniu 30 sierpnia 2022 r. wykonawca Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegających na:

1) zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego - na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p.;

2) dokonaniu ponownej oceny oraz wyboru ofert przez Zamawiającego - na podstawie art.

263 p.z.p.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p. - poprzez zatrzymanie wniesionego przez Wykonawcę wadium na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do zatrzymania wadium;

2) art. 263 p.z.p - poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty przez Zamawiającego na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia:

1) czynności ponownej oceny ofert;

2) czynności ponownego wyboru ofert;

3) czynności zatrzymania wadium.

2) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

• z dokumentów:

1) odpis z KRS Odwołującego

na fakt treści dokumentu, w szczególności statusu przedsiębiorcy Odwołującego oraz przedmiotu działalności w postaci robót budowlanych związanych z budową dróg i autostrad;

2) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14 lipca 2022 r.
na fakt treści dokumentu, w szczególności zasad oraz warunków uczestnictwa w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia;

3) formularz oferty Odwołującego z dnia 29 lipca 2022 r.

4) potwierdzenie złożenia oferty (automatycznie wygenerowana wiadomość e-mail) z dnia 29 lipca 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty przez Odwołującego na realizację Zamówienia

5) informacja Zamawiającego o kwalifikacji do negocjacji z dnia 1 sierpnia 2022 r. na fakt treści dokumentu, w szczególności zakwalifikowania oferty Odwołującego się do negocjacji oraz składania ofert dodatkowych;

6) zaproszenie do składania ofert dodatkowych z dnia 8 sierpnia 2022 r.
na fakt treści dokumentu, w szczególności zaproszenia Odwołującego do

złożenia oferty dodatkowej na realizację Zamówienia;

7) formularz oferty dodatkowej z dnia 16.08.2022 złożony przed Odwołującego na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty dodatkowej przez Odwołującego;

8) informacja Zamawiającego o wyborze oferty z dnia 16.08.2022

9) na fakt treści dokumentu, w szczególności wyboru oferty Odwołującego przez Zamawiającego;

10) wniosek do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 17.08.2022 na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia przed Odwołującego wniosku o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego starań w zakresie uzyskania gwarancji;

11) wniosek do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 23.08.2022 r.

12) wniosek do UNIQA S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 23.08.2022 r.

na fakt treści dokumentów, w szczególności składania przed Odwołującego wniosków o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego wzmożonych starań w zakresie uzyskania gwarancji;

13) wiadomości e-mail od Odwołującego do Interrisk S.A. z dni 22.08.2022 oraz 24.08.2022

14) wiadomość e-mail od Odwołującego do firmy ubezpieczeniowej z dnia 23.08.2022

na fakt treści dokumentu, w szczególności niemożliwości uzyskania przez Odwołującego dokumentu gwarancji w wyznaczonym terminie, opieszałości po stronie podmiotów ubezpieczających;

15) zlecenie nr 01/COR/RYW/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r.

16) wiadomość e-mail od Odwołującego do T. K. z dnia 17 sierpnia 2022 r.

na fakt treści dokumentów, w szczególności zlecenia przez Odwołującego wykonania projektu technicznego czasowej organizacji ruchu, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, przygotowań Odwołującego do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia

17) zlecenie wykonania prac z dnia 25 sierpnia 2022 r. o numerze 01/PZD2718G/2022

na fakt treści dokumentu, w szczególności zlecenia przez Odwołującego robót brukarskich, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, przygotowań Odwołującego do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia

18) kosztorys szczegółowy z dnia 25.08.2022

19) harmonogram rzeczowy z dnia 25.08.2022

20) wiadomość e-mail od Odwołującego do Zamawiającego z dnia 22.08.2022

21) wiadomość e-mail od Odwołującego do Zamawiającego z dnia 25.08.2022

na fakt treści dokumentów, w szczególności przygotowań podjętych przez Odwołującego w celu zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia, woli zawarcia umowy z Zamawiającym;

22) pismo Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2022 r.

na fakt zatrzymania przez Zamawiającego wadium wniesionego przed Odwołującego, dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert przez Zamawiającego;

23) wiadomość e-mail od pełnomocnika Odwołującego do Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności przekazania Zamawiającemu kopii niniejszego odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

• z zeznań świadków:

- Elizy Osowskiej

- na fakt woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego wzmożonych starań w zakresie uzyskania gwarancji, przygotowań Odwołującego

do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia, treści rozmów telefonicznych z Zamawiającym, treści rozmów telefonicznych z ubezpieczycielami

• z przesłuchania stron - z ograniczeniem do przesłuchania Odwołującego

na fakt woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego wzmożonych starań w zakresie uzyskania gwarancji, przygotowań Odwołującego do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia, treści rozmów telefonicznych z Zamawiającym, treści rozmów telefonicznych z ubezpieczycielami.

Odwołujący wskazał, że:

I. STAN FAKTYCZNY

Odwołującym jest Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Wnortex sp. z o.o. lub Odwołujący) z siedzibą w Dywitach, której przedmiotem działalności są roboty związane z budową dróg i autostrad.

Dowód:

- odpis z KRS Odwołującego

na fakt treści dokumentu, w szczególności statusu przedsiębiorcy Odwołującego oraz przedmiotu działalności w postaci robót budowlanych związanych z budową dróg i autostrad

Odwołujący w dniu 29 lipca 2022 r. złożył ofertę na wykonanie zadania Rozbudowa

drogi powiatowej nr 2718G w miejscowości Rywałd w zakresie budowy chodnika, zjazdów, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiającym jest Powiatowy Zarząd Dróg w Starogardzie Gdańskim, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00254608/01 (dalej: Zamówienie). Odwołujący wniósł również wymagane wadium w wysokości 17.000,00 zł (słownie: siedemnaście tysięcy złotych 00/100).

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14 lipca 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności zasad oraz warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia;

- formularz oferty Odwołującego z dnia 29 lipca 2022 r.

- potwierdzenie złożenia oferty (automatycznie wygenerowana wiadomość e-mail) z dnia 29 lipca 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty przez Odwołującego na realizację Zamówienia

Pismem z dnia 1 sierpnia 2022 roku Zamawiający poinformował o kwalifikacji ofert wykonawców do negocjacji oraz wezwania do składania ofert dodatkowych, wśród których znalazła się również oferta Odwołującego.

Dowód:

- informacja Zamawiającego o kwalifikacji do negocjacji z dnia 1 sierpnia 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności zakwalifikowania oferty Odwołującego się do negocjacji oraz składania ofert dodatkowych.

Na skutek otrzymanego zaproszenia do składania ofert dodatkowych z dnia 8 sierpnia 2016 r, Odwołujący złożył ofertę dodatkową na wykonanie przedmiotu zamówienia w dniu 16

sierpnia 2022 r. Oferta Odwołującego została wybrana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. Zawarcie umowy miało nastąpić 25 sierpnia 2022 r.

Dowód:

- zaproszenie do składania ofert dodatkowych z dnia 8 sierpnia 2022 r.

na fakt treści dokumentu, w szczególności zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty dodatkowej na realizację Zamówienia;

- formularz oferty dodatkowej z dnia 16.08.2022 złożony przed Odwołującego

na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty dodatkowej na realizację Zamówienia przez Odwołującego;

- informacja Zamawiającego o wyborze oferty z dnia 16.08.2022

na fakt treści dokumentu, w szczególności wyboru oferty Odwołującego przez Zamawiającego;

Od dnia uzyskania informacji o wyborze oferty, Odwołujący rozpoczął intensywne działania celem jak najszybszego zawarcia umowy z Zamawiającym oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Mianowicie, celem wniesienia odpowiedniego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, z samego rana w dniu 17 sierpnia 2022 r. Odwołujący złożył wniosek do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową.

Dowód:

- wniosek do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o zawarcie umowy o

gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 17.08.2022

na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia przed Odwołującego wniosku o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego wzmożonych starań w zakresie uzyskania gwarancji;

Wobec braku jakichkolwiek działań ze strony ubezpieczyciela, Odwołujący w kolejnych dniach złożył kolejne wnioski o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową, do

UNIQA S.A., Interrisk S.A. oraz kolejny raz do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.

Dowód:

- wniosek do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 23.08.2022 r.
- wniosek do UNIQA S.A. o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową z dnia 23.08.2022 r.

na fakt treści dokumentów, w szczególności składania przed Odwołującego wniosków o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, podejmowania przez Odwołującego wzmożonych starań w zakresie uzyskania gwarancji;

Odwołujący w większości korespondował z powyższymi podmiotami w formie telefonicznej, każdorazowo dostając informację, że przez okres urlopowy sprawom nie może zostać nadany szybszy bieg. Wnortex sp. z o.o. dokonywał wszelkich starań, aby do 25 sierpnia 2022 r. otrzymać gwarancję i złożyć Zamawiającemu zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Mając jednak trudności w uzyskaniu gwarancji, Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo z dnia 22 sierpnia 2022 r., w którym poinformował o trwającym procesie oraz zwrócił się o przedłużenie terminu na podpisanie o trzy dni, tj. do 28 sierpnia 2022 r., co jednak pozostało bez odzewu Zamawiającego.

Dowód:

- wiadomości e-mail od Odwołującego do Interrisk S.A. z dni 22.08.2022 oraz 24.08.2022
- wiadomość e-mail od Odwołującego do firmy ubezpieczeniowej z dnia 23.08.2022

na fakt treści dokumentu, w szczególności niemożliwości uzyskania przez Odwołującego dokumentu gwarancji w wyznaczonym terminie, opieszałości po stronie podmiotów ubezpieczających;

Ponadto, Odwołujący już 17 sierpnia 2022 r. zlecił przedsiębiorcy T. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą 4K T. K. (NIP: 8411284859) wykonanie projektu

technicznego czasowej organizacji ruchu na czas budowy w ramach realizacji Zamówienia.

Dowód:

- zlecenie nr 01/COR/RYW/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r.
- wiadomość e-mail od Odwołującego do T. K. z dnia 17 sierpnia 2022 r.

na fakt treści dokumentów, w szczególności zlecenia przez Odwołującego wykonania

projektu technicznego czasowej organizacji ruchu, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, przygotowań Odwołującego do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia

Kolejno, 25 sierpnia 2022 r. Odwołujący zlecił przedsiębiorcy A. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Ucare Budownictwo i Finanse A. D. (NIP: 8392815349)

roboty brukarskie w ramach realizacji Zamówienia.

Dowód:

- zlecenie wykonania prac z dnia 25 sierpnia 2022 r. o numerze 01/PZD2718G/2022

  na fakt treści dokumentu, w szczególności zlecenia przez Odwołującego robót brukarskich, woli zawarcia umowy z Zamawiającym, przygotowań Odwołującego do zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia

Wnortex sp. z o.o., zgodnie z wymaganiami, przygotował również od uzyskania informacji wyborze oferty, w celu zawarcia umowy, kosztorys szczegółowy oraz harmonogram rzeczowy dla robót budowlany, które przesłał Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 25 sierpnia 2022 r.

Dowód:

- kosztorys szczegółowy z dnia 25.08.2022
- harmonogram rzeczowy z dnia 25.08.2022
- wiadomość e-mail od Odwołującego do Zamawiającego z dnia 22.08.2022
- wiadomość e-mail od Odwołującego do Zamawiającego z dnia 25.08.2022

  na fakt treści dokumentów, w szczególności przygotowań podjętych przez Odwołującego w celu zawarcia umowy oraz realizacji Zamówienia, woli zawarcia umowy z Zamawiającym,

Odwołujący, mając na uwadze zbliżający się termin podpisania umowy z Zamawiającym oraz jednocześnie niezależne od Odwołującego okoliczności związane z brakiem możliwości wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania umowy, poinformował

Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2022 r., że w sytuacji, w której Odwołujący nie uzyska odpowiedniej gwarancji na czas, wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy

w formie pieniężnej.

W tym samym dniu jednak Zamawiający wystosował pismo w sprawie zatrzymania wadium, w którym poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium wraz z

odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p. oraz dokonania ponownej oceny ofert,

działając na podstawie art. 263 p.z.p.

Dowód:

- pismo Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2022 r.

na fakt zatrzymania przez Zamawiającego wadium wniesionego przed Odwołującego, dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert przez Zamawiającego.

W dniu 25 sierpnia 2022 r Zamawiający dokonał ponownej oceny oraz wyboru ofert, wybierając ofertę innego wykonawcy.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

- ART. 98 UST. 6 PKT 2 P.Z.P.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p. - poprzez zatrzymanie wniesionego przez Wykonawcę wadium na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do zatrzymania wadium.

Mianowicie, art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p. stanowi, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Nie sposób natomiast stwierdzić, że Odwołujący odmówił podpisania umowy lub wniesienia wymaganego zabezpieczenia. Jak zostało wykazane powyżej, Odwołujący przygotowywał się na zawarcie umowy z Zamawiającym oraz podejmował wszelkie starania, aby uzyskać i przedstawić Zamawiającemu zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o czym na bieżąco informował Zamawiającego.

W zakresie przesłanki zatrzymania wadium w postaci odmówienia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, Odwołujący ponownie podnosi, iż nie sposób uznać jego działanie za odmowę zawarcia umowy.

Odwołujący bowiem w żadnym razie nie odmawiał zawarcia umowy - wręcz przeciwnie, już 17 sierpnia 2022 r. rozpoczął zlecanie podwykonawcom części robót będących przedmiotem Zamówienia.

Do podpisania umowy przed 25 sierpnia 2022 r. nie doszło jedynie z uwagi na niezależne od Odwołującego okoliczności braku uzyskania należytej gwarancji, nie z uwagi na brak woli Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla, że skoro Zamawiający wyznaczył termin podpisania Umowy na 25 sierpnia 2022 r., podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium w dniu 25 sierpnia 2022 r. w godzinach porannych, pozostaje zupełnie bezpodstawne oraz stanowi naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy p.z.p. Zamawiający bowiem podjął decyzję o zatrzymaniu wadium przed upłynięciem umówionego terminu do zawarcia umowy, nie jest możliwe więc stwierdzenie przesłanki „niewniesienia zabezpieczenia wykonania umowy", podczas gdy termin do zawarcia umowy jeszcze nie upłynął.

- ART. 263 P.Z.P

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 263 p.z.p - poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty przez Zamawiającego na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do dokonania

ponownej oceny oraz wyboru ofert

Mianowicie, art. 263 p.z.p. stanowi, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r. o sygn. III CK 344/05, przez uchylanie się uznaje się „kwalifikowaną postać odmowy zawarcia umowy, której

podstawowym elementem jest bezpodstawność takiego oświadczenia woli". Uchylanie może przejawiać się przez wyraźne działanie albo zaniechanie w sposób niebudzący wątpliwości, wskazujący na brak zamiaru zawarcia umowy.

Uchylanie się wykonawcy może też wystąpić w przypadku, gdy w warunkach zamówienia zastrzeżono wymóg ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a wykonawca odmawia wywiązania się z tej powinności, stanowiącej przesłankę skuteczności umowy (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt KIO 288/14). Nie ma przy tym wątpliwości, iż Odwołujący w żadnym wypadku nie odmówił wniesienia zabezpieczenia, a jedynie informował Zamawiającego o trwającym procesie oraz prosił o niewielkie przedłużenie terminu zawarcia umowy.

Co więcej, kwalifikacja odmowy jako uchylania się od zawarcia umowy powinna nastąpić przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych sprawy (Małgorzata Moras, Konsekwencje

uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne - wybrane zagadnienia, Kraków 2021, s. 428). Nie sposób więc stwierdzić, że intencją

Odwołującego było uchylenie się od zawarcia umowy wraz z równoczesnym zlecaniem wykonania potrzebnych projektów oraz robót będących częścią

Zamówienia.

Co Odwołujący podkreśla, a co wyraźnie zaznaczył Sąd Najwyższy w wyroku dnia 26

września 2001 r. o sygn. akt IV CKN 461/00 - uznaje się za brak uchylania się sytuację, gdy niewykonanie zobowiązania zawarcia umowy przyrzeczonej w określonym terminie nastąpiło na skutek konieczności dopełnienia przez jedną ze stron formalności umożliwiających zawarcie umowy definitywnej. Mając to na uwadze, nie można uznać za uchylanie się sytuacji, w której jedyną okolicznością niezawierania przez Odwołującego umowy w terminie jest brak wymaganej przez Zamawiającego gwarancji.

Co więcej, analogicznie jak powyżej, niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla, że skoro Zamawiający wyznaczył termin podpisania Umowy na 25 sierpnia 2022 r.,

podjęcie decyzji o dokonaniu ponownej oceny oraz wyboru ofert w dniu 25 sierpnia 2022 r. w godzinach porannych, pozostaje zupełnie bezpodstawne oraz stanowi naruszenie art. 263 ustawy p.z.p. Zamawiający bowiem podjął decyzję o dokonaniu ponownej oceny i wybory ofert przed upłynięciem umówionego terminu do zawarcia umowy, nie jest możliwe więc stwierdzenie przesłanki „niewniesienia zabezpieczenia wykonania umowy", podczas gdy termin do zawarcia umowy jeszcze nie upłynął.

Podsumowując, należy zaznaczyć, że informowanie Zamawiającego o przejściowych, krótkoterminowych okolicznościach skutkujących niemożliwością wniesienia zabezpieczenia nie są ani odmową wywiązania się z powinności, ani bezpodstawnym działaniem. Odwołujący, od momentu uzyskania informacji o wyborze jego oferty, dokonywał wszelkich starań celem jak najszybszego i najbardziej sprawnego zorganizowania odpowiedniego zabezpieczenia, a także podejmował czynności w zakresie organizacji podwykonawców, celem sprawnego przystąpienia do realizacji Zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej

w dniu 7 września 2022 r. (pismo z dnia 6 września 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w pierwszej kolejności podnosił, że przedstawiony przez odwołującego stan faktyczny nie polega na prawdzie. Zauważyć należy, że Wnortex Sp. z o.o. występował o

przedłużenie terminu jedynie raz - w dniu 22.08.2022 r., a nie jak wskazano w treści odwołania dwukrotnie - w dniach 22.08.2022 oraz 25.08.2022 r. Nieprawdą jest również, że odwołujący nie uzyskał odpowiedzi na swoje pismo z dnia 22.08.2022 r. - co z resztą wynika nawet z treści samego odwołania, gdzie Wnortex Sp. z o.o. pisze, że na swój wniosek nie uzyskał odpowiedzi a jednak przygotowywał się do zawarcia umowy w dniu 25.08.2022r. Zamawiający pismem z dnia 22.08.2022 r. przedłużył termin zawarcia umowy do dnia 25.08.2022 r. i ponownie poinformował odwołującego o możliwości złożenia gwarancji w innej formie niż gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa.

Dowód:

- pismo zamawiającego z dnia 22.08.2022 r.
- zeznania świadków wskazanych w pkt. 3

Nieprawdą jest również, że odwołujący informował zamawiającego, że zamierza wnieść zabezpieczenie w formie gotówkowej. W dniu 25.10.2022 r. przedstawiciel odwołującego stawił się w siedzibie zamawiającego jednak bez zabezpieczenia w jakiejkolwiek formie, co więcej oświadczył, że nie zamierza wnosić zabezpieczenia w innej formie niż gwarancja ubezpieczeniowa. Stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne i niekonsekwentne. Skoro wedle jego słów zamierzał rzekomo wpłacić zabezpieczenie w formie gotówkowej winien to uczynić przed podpisaniem umowy, o czym był informowany przez zamawiającego. Odwołujący został również poinformowany o możliwości zamiany zabezpieczenia gotówkowego na gwarancję ubezpieczeniową jeśli uda mu się uzyskać taką w przyszłości - oświadczył on jednak, że nie zamierza z takiej możliwości korzystać i odmawia dokonania zapłaty gwarancji w gotówce. Podkreślenia wymaga fakt, że informacja o wyborze odwołującego została podana w dniu 16.08.2022 r., Wnortex miał zatem 9 dni na uzyskanie gwarancji w odpowiedniej formie - czego nie uczynił.

Dowód:

- notatka służbowa z dnia 25.10.2022 r.
- zeznania świadków wskazanych w pkt. 3.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wskazać należy, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający był uprawniony do zastosowania art. 263 pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie. Przesłankę zastosowania komentowanego przepisu stanowi ponadto niewniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Chodzi w szczególności o sytuacje, w których wykonawca wprawdzie ma zamiar zawarcia samej umowy o zamówienie publiczne, lecz jednocześnie uchyla się od wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy. Nie dochodzi wówczas do zaspokojenia interesu zamawiającego, wyrażanego nie tylko w samym udzieleniu zamówienia, lecz także w zabezpieczeniu jego należytego wykonania, jeżeli zamawiający uznaje za celowe oraz konieczne ustanowienie takiego zabezpieczenia. Należy je traktować w kategorii „szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie" z art. 70(2) § 3 k.c., co otwiera drogę do roszczenia z art. 70(3) § 3 k.c.

Ustawodawca w sposób jasny wyartykułował konsekwencje niewniesienia zabezpieczenia przez wybranego w toku postępowania oferenta jak również wskazał na możliwości zamawiającego będące następstwem takiej sytuacji. Zwrócić uwagę należy na fakt, że zamawiający uwzględnił wniosek odwołującego o wydłużenie terminu do wniesienia zabezpieczenia, co w sumie dawało 9 dni na spełnienie wskazanego wymogu. Jest to wystarczający czas na uzyskanie zabezpieczenia w formie gwarancji jak również na wpłatę zabezpieczenia w formie gotówkowej w przypadku odmowy potencjalnego gwaranta. Przepis art. 263 w sposób jasny statuuje, że brak wniesienia gwarancji - niezależnie od przyczyny takiego stanu rzeczy - daje podstawę do ponownego badania ofert pozostałych wykonawców. Nie mają tu znaczenia ewentualne starania o uzyskanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, ponieważ wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy to wymóg, o którym oferent wie już na etapie ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego i z czym liczy się w chwili przystąpienia do przetargu, podejmując w tym zakresie świadomą decyzję.

Na marginesie zauważyć należy, że odwołujący nie przedstawił dowodów na złożenie wniosków o udzielenie gwarancji, załączył jedynie wypełnione druki wniosków. Zamawiający kwestionuje więc, że takie wnioski zostały faktycznie złożone do gwarantów. Dodatkowo - jak wynika z załączonej do odwołania korespondencji - odwołujący miał świadomość, że termin podpisania umowy i złożenia gwarancji wyznaczono na dzień 25.08.2022 r. Zadziwia zatem stwierdzenie, że rzekomo Wnortex sp. z o.o. zamierzał wnieść zabezpieczenie w formie gotówkowej - jak wskazano powyżej skoro nie uzyskał gwarancji ubezpieczeniowej w terminie wpłata powinna być dokonana przed podpisaniem umowy.

Nie jest również prawdą, że decyzja o zatrzymaniu wadium została podjęta w godzinach porannych. Informacja została przesłana w dniu 22.08 o godz. 12.30. Wyznaczony termin na podpisanie umowy minął 22.08. o godz. 10:00. Przedstawiciel odwołującego był obecny w siedzibie zamawiającego i już podczas wyznaczonego spotkania odmówił wpłaty zabezpieczenia w formie gotówkowej. Od tej chwili Odwołujący nie poczynił żadnych starań w kierunku wpłaty zabezpieczenia. Nie złożył pisma z informacją o wpłacie gwarancji, nie zaproponował również innego terminu zawarcia umowy przedstawiając dowód wpłaty.

Zamawiający nie mógł przystać na dalsze opóźnienie w złożeniu zabezpieczenia ponieważ w dniu 29.08.2022 r. mijał termin związania ofertą dla drugiego wykonawcy, który również musiał dysponować odpowiednim czasem na złożenie wymaganego zabezpieczenia. Dalsze oczekiwanie na przedstawienie zabezpieczenia przez odwołującego było niemożliwe również z uwagi na fakt, że środki na realizację inwestycji pochodzą z rezerwy subwencji ogólnej Ministerstwa Infrastruktury, które należy wydatkować i rozliczyć do końca bieżącego roku kalendarzowego. Zważywszy na czas niezbędny na realizację inwestycji zamawiający zmuszony był do rozpoczęcia realizacji inwestycji i nie mógł pozwolić sobie na zwłokę odwołującego w złożeniu wymaganego zabezpieczenia.

Dowód:

- zeznania świadków wskazanych w pkt. 3.

Bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje również twierdzenie o zawarciu rzekomych umów z wykonawcami. Po pierwsze kwestia ta nie stanowi przesłanki zastosowania art. 263 p.z.p. i ryzyko w tym zakresie obciąża wyłącznie odwołującego. Dodatkowo wbrew twierdzeniom odwołującego nie doszło do zawarcia żadnej umowy w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Przedłożone przez Wnortex sp. z o.o. „zlecenia" stanowią jedynie ofertę zawarcia umowy - nie zostało bowiem złożone oświadczenie woli drugiej strony niezbędne do zawarcia umowy wzajemnej.

Mając na uwadze powyższe bezpodstawny jest również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 98 ust. 6 .pkt. 2 p.z.p. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy opisanych powyżej zatrzymanie wadium było konsekwencją nieprzedstawienia przez wykonawcę, dwukrotnie na wezwanie zamawiającego, zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Działanie

zamawiającego znajdowało zatem oparcie we wskazanym powyżej przepisie oraz stanie faktycznym sprawy.

Argumentacja przedstawiona przez odwołującego bazuje przede wszystkim na nieprawdzie. Termin podpisania umowy wyznaczony został na godzinę 10.00 i odwołujący stawił się na niego nie przedstawiając zarazem zabezpieczenia w żadnej formie. Do godziny 12.30 nie skontaktował się też z zamawiającym informując, że dokonuje wpłaty w formie gotówkowej. Nieprawdą jest zatem twierdzenie, że zmawiający dokonał badania drugiej oferty i zatrzymania wadium przed terminem wyznaczonym odwołującemu na podpisanie umowy. Zarówno z dokumentacji postepowania o udzielenie zamówienia publicznego od nazwą

Rozbudowa drogi powiatowej nr 2718G w miejscowości Rywałd w zakresie budowy chodnika, zjazdów jak i dokumenty przedstawione przez samego odwołującego niezbicie świadczą, że zatrzymanie wadium nastąpiło dopiero po niedotrzymaniu przez Wnortex sp. z o.o. terminu zawarcia umowy i złożenia zabezpieczenia - wbrew twierdzeniom odwołującego.

Dowód:

- zeznania świadków wskazanych w pkt. 3.;
- dokumentacja przetargu Rozbudowa drogi powiatowej nr 2718G w miejscowości Rywałd w zakresie budowy chodnika, zjazdów;
- dokumentacja załączona do odwołania.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00254608/01 w dniu 14 lipca 2022 roku.

W dniu 30 sierpnia 2022 r. wykonawca Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegających na:

1) zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego - na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p.;
2) dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert przez Zamawiającego - na podstawie art. 263 p.z.p.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 98 ust. 6 pkt 2 p.z.p. - poprzez zatrzymanie wniesionego przez Wykonawcę wadium na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do zatrzymania wadium;

2) art. 263 p.z.p - poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty przez Zamawiającego na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Wnortex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dywitach, ul. Spółdzielcza 1/H, 11-001 Dywity, Zamawiający

wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa wart. , występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli 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.

Zgodnie z art. 263 ustawy PZP, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zatrzymanie wniesionego przez Wykonawcę wadium na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do zatrzymania wadium, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że w dniu 16 sierpnia 2022 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze jego oferty do realizacji przedmiotu zamówienia. W tym samym dniu Zamawiający wezwał Odwołującego do podpisania umowy, które miało odbyć się w siedzibie Zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2022 r. o godz. 10:00.

W wyniku powyższego wezwania, Odwołujący w dniu 22 sierpnia 2022 r. zwrócił się do zamawiającego o przełożenie terminu podpisania umowy o roboty budowlane do dnia 28 sierpnia 2022 r. ze względu na to, iż Odwołujący jest „w toku załatwiania formalności związanych z ustanowieniem gwarancji należytego wykonania umowy".

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. ponownie wezwał Odwołującego do podpisania umowy, wskazując jednocześnie nowy termin podpisania

umowy, tj. 25 sierpnia 2022 r. o godz. 10:00.

Izba zważa, że w ponownym wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że należy m.in. wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie: 65 497,50 zł, a zgodnie z art. 450 ustawy PZP zabezpieczenie może być wnoszone, według wyboru wykonawcy, w jednej

lub w kilku formach.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt XXII ust. 1 SWZ, wykonawca przed podpisaniem umowy, zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5 % zaoferowanej ceny w jednej lub kilku następujących formach (do wyboru) :

a) pieniądzu, przelewem na wskazany przez Zamawiającego rachunek bankowy,

b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym,

c) gwarancjach bankowych,

d) gwarancjach ubezpieczeniowych,

e) 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.

Izba zważa, że na podstawie dokumentacji postępowania (tj. notatki służbowej z dnia 25 sierpnia 2022 r.) oraz udzielonej odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego z dnia 7 września 2022 r. (pismo z dnia 6 września 2022 r.) wynika, że w dniu 25 sierpnia 2022 r. o godz. 10:00 stawił się w siedzibie zamawiającego prezes firmy Odwołującej - R. W..

Z notatki powyższej wynika, że Odwołujący zapytany o zabezpieczenie należytego wykonania umowy odpowiedział, że „go nie posiada", a ponadto to sam Odwołujący na rozprawie stwierdził, że „ ze względu na okres urlopowy nie było możliwości uzyskania zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej", co zdaniem Izby jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący nie posiadał zabezpieczenia należytego wykonania umowy na wyznaczoną datę i godzinę spotkania w siedzibie Zamawiającego w celu podpisania umowy.

Izba wzięła pod uwagę również twierdzenia Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, iż Odwołujący oświadczył, że „nie zamierza wnosić zabezpieczenia w innej formie niż gwarancja ubezpieczeniowa" i „odmawia dokonania zapłaty gwarancji w gotówce", jak i na rozprawie, że „informował Odwołującego o możliwości zamiany gwarancji ubezpieczeniowej

na zabezpieczenie w formie pieniężnej a potem - z zabezpieczenia w formie pieniężnej na gwarancję ubezpieczeniową", a co istotne Odwołujący na rozprawie powyższemu nie zaprzeczył.

Tym samym twierdzenia Odwołującego (pismo przygotowawcze - replika na odpowiedź na odwołanie zamawiającego z dnia 12 września 2022 r.), iż poinformował Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2022 r., że w sytuacji , w której Odwołujący „ nie otrzyma gwarancji do końca dnia, w dniu następnym, tj. 26 sierpnia 2022 r. wniesie zabezpieczenie w formie pieniężnej", nie ma zdaniem Izby ani potwierdzenia w dokumentacji postępowania ani Odwołujący nie przedstawił na powyższą okoliczność żadnego dowodu, stwierdzając jedynie gołosłownie na rozprawie, że „było to oświadczenie w formie ustnej na spotkaniu".

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2022 r. o godz. 12:33 poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP oraz że na podstawie art. 263 ustawy PZP dokona ponownej oceny

ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że „decyzja o zatrzymaniu wadium została podjęta w godzinach porannych", na co zwrócił uwagę także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, że starania Odwołującego o uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej (tj. dowody w postaci wniosków o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową z ERGO HESTIA S.A. z dnia 17 sierpnia 2022 r. i 23 sierpnia 2022 r., UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 23 sierpnia 2022 r., Interrisk - e -maile z dnia 22 sierpnia 2022 r. i 24 sierpnia 2022 r.) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, ze względu na to, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w określonym terminie, a pomimo dwukrotnego wezwania ze strony Zamawiającego nie sprostał wymogowi określonemu w pkt XXII ust. 1 SWZ.

Podobnie, zdaniem Izby, dowody wskazane przez Odwołującego w postaci zlecenia wykonania prac (numer 01/PZD2718G/2022 z dnia 25 sierpnia 2022 r.), zlecenia 01/COR/RYW/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r., zlecenia projektu z dnia 17 sierpnia 2022 r., harmonogramu rzeczowego z dnia 25 sierpnia 2022 r., kosztorysu szczegółowego z dnia 25 sierpnia 2022 r. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Izba zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający uwzględniając wniosek Odwołującego o wydłużenie terminu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dał Odwołującemu w sumie 9 dni na spełnienie wskazanego wymogu. Zdaniem Izby, czas ten był wystarczający na uzyskanie zarówno zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, jak również na dokonanie zabezpieczenia w formie pieniężnej.

Tym samym, Izba stoi na stanowisku, że niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Odwołującego obejmuje wszelkie przyczyny, zarówno przez Odwołującego zawinione, jak i niezawinione.

W związku z powyższym, rację ma Zamawiający, który stwierdził na rozprawie, że „przepis ustawy PZP uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium niezależnie od przyczyn".

Na marginesie, Izba wskazuje, że dalsze oczekiwanie Zamawiającego na przedstawienie zabezpieczenia przez Odwołującego było niemożliwe z uwagi na fakt, że środki na realizację inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2718G w miejscowości Rywałd w zakresie budowy chodnika i zjazdów" pochodziły z rezerwy subwencji ogólnej Ministerstwa Infrastruktury, które należało wydatkować i rozliczyć do końca bieżącego roku kalendarzowego, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na

rozprawie.

Nadto zgodnie z pkt XVII ust. 1 zd. 1 SWZ: „Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 28.08.2022 r.”. Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Zamawiający, że nie mógł przystać na dalsze opóźnienie w złożeniu zabezpieczenia, ponieważ w dniu 28.08.2022 r. mijał termin związania ofertą dla drugiego wykonawcy, który również musiał dysponować odpowiednim czasem na złożenie wymaganego zabezpieczenia.

Reasumując, Izba mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP.

II.

Odnośnie drugiego zarzutu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 263 ustawy PZP

- poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty przez

Zamawiającego na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do dokonania ponownej oceny oraz wyboru ofert, zarzut ten jest zdaniem Izby niezasadny.

Zgodnie z art. 263 ustawy PZP, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Z powyższej normy prawnej wynika jednoznacznie, że niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy daje Zamawiającemu podstawę do ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców i to niezależnie od przyczyny braku wniesienia wymaganego zabezpieczenia.

Zdaniem Izby, zlecenie wykonania prac (numer 01/PZD2718G/2022 z dnia 25 sierpnia 2022 r.), zlecenie 01/COR/RYW/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r., czy też zlecenie projektu z dnia 17 sierpnia 2022 r. są zleceniami, które obciążają wyłącznie Odwołującego i nie mają nic wspólnego z możliwością zastosowania powyższej normy prawnej przez Zamawiającego.

Nadto Izba wskazuje, że termin podpisania umowy wyznaczony został przez Zamawiającego na dzień 25 sierpnia 2022 r. na godzinę 10.00, a Odwołujący stawiając się w siedzibie Zamawiającego nie przedstawił zabezpieczenia należytego wykonania umowy w żadnej formie.

Bez znaczenia pozostaje zatem argumentacja odwołującego dotycząca sposobu rozumienia sformułowania „uchylanie się od zawarcia umowy”, gdyż w niniejszej sprawie zamawiający zatrzymał wadium z innego powodu, tj. z powodu niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Niezależnie od powyższego, w tym samym dniu, tj. 25 sierpnia 2022 r. do godziny 12.33 (informacja o zatrzymaniu wadium) Odwołujący nie poinformował Zamawiającego, że np. uzyskał gwarancję ubezpieczeniową lub bankową albo dokonał wpłaty w formie pieniężnej na rachunek bankowy Zamawiającego. Twierdzenie Odwołującego na rozprawie, że „między godziną 10:00 a 12:30 nie był w stanie wrócić do swojej siedziby”, zdaniem Izby, nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

W wyniku powyższego, Zamawiający poinformował Odwołującego o ponownym wyborze ofert w dniu 25 sierpnia 2022 r. o godz. 13:20 i 13:22 (historia korespondencji z Odwołującym).

Tym samym, Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że „zamawiający dokonał badania drugiej oferty i zatrzymania wadium przed terminem wyznaczonym odwołującemu na podpisanie umowy”.

Podsumowując, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne przedmiotowego postępowania, zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył art. 263 ustawy PZP.

Ponadto, Izba wskazuje, że oddaliła wniosek Odwołującego, jak i Zamawiającego o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków, ponieważ fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....