Sygn. akt: KIO 140/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę IZBRUK M. R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Koluszki

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego IZBRUK M. R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem usługi prawnej -wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od IZBRUK M. R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Członkowie: ……

Sygn. akt KIO 140/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Koluszki - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. „Poprawa warunków obsługi i rozwoju istniejących terenów inwestycyjnych na terenie gminy Koluszki", numer referencyjny: GIZ 271.93.(44).2023, w podziale na dwa zadania. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2023 r., pod numerem 2023/S 168529475.

W dniu 15 stycznia 2024 r. odwołanie wobec zatrzymania wadium oraz zaniechania zwrotu wadium i zaniechania zawiadomienia o czynności zatrzymania wadium w zakresie zadania nr 1 postępowania, wniósł wykonawca IZBRUK M. R. Zakład Ogólnobudowlany – dalej Odwołujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp — poprzez zatrzymanie wadium z uwagi na niezłożenie

podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, mimo że Odwołujący nie złożył odpowiednich podmiotowych środków dowodowych z przyczyn nie leżących po jego stronie;

2. art. 98 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 98 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp —

poprzez zaniechanie zwrotu wadium w związku z upływem terminu związania ofertą oraz zatrzymanie wadium po upływie terminu związania ofertą;

3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp - poprzez zaniechanie

zawiadomienia Odwołującego o czynności zatrzymania wadium, a co za tym idzie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia bez zachowania przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności zatrzymania wadium,

2) zwrotu wadium.

Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu, który zostanie przedłożony na rozprawie (faktura).

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że odwołanie dotyczy zadania nr 1. Odwołujący podał, że ofertę w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 złożył m.in. Odwołujący. Zaoferował on najniższą cenę (39 857 048,47 zł) oraz długość udzielonej gwarancji i rękojmi na poziomie analogicznym jak pozostali wykonawcy (60 miesięcy).

Dalej Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w toku postępowania nie poinformował Odwołującego o czynności zatrzymania wadium. Odwołujący uzyskał informację o zatrzymaniu wadium od Poręczyciela w dniu 3.01.2023 r. Oświadczenie o zatrzymaniu wadium skierowane było jedynie do Poręczyciela oraz nie zawierało podania wprost podstawy prawnej zatrzymania wadium ani opisu okoliczności faktycznych uzasadniających zatrzymanie wadium (zawiadomienie Poręczyciela o zatrzymaniu wadium stanowi załącznik nr 3 do odwołania).

Odwołujący wskazał, że w dniu 3.01.2024 r. w momencie zatrzymania wadium przez Zamawiającego nie zapadł wyrok w sprawie KIO 3779/23 dotyczący odwołania z dnia 18.12.2023 r. Wyrok w tej sprawie zapadł w dniu 5.01.2024 r.

Odwołujący argumentując odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Ad. Zarzut 1. dot. naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez zatrzymanie wadium z uwagi na niezłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, mimo że Odwołujący nie złożył odpowiednich środków dowodowych z przyczyn nie leżących po jego stronie:

Z oświadczenia Zamawiającego skierowanego do Poręczyciela wynika, iż zatrzymanie wadium nastąpiło, bowiem Odwołujący miał z przyczyn leżących po jego stronie nie złożyć podmiotowych

środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w oświadczeniu o zatrzymaniu wadium nie podał wprost ani podstawy prawnej ani uzasadnienia faktycznego. W szczególności nie wskazał wprost, że zatrzymanie wadium nastąpiło na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp ani o jakie podmiotowe środki dowodowe chodzi oraz dlaczego uznał, że ich niezłożenie nastąpiło w związku z okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając okoliczności całokształt postępowania można przypuszczać, iż czynność zatrzymania wadium nastąpiła właśnie na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w związku z przyczynami, które stanowiły podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 6.12.2023 r. Zamawiający odrzucił wówczas ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Dalej Odwołujący wskazał, że czynność zatrzymania wadium jest nieprawidłowa, bowiem Odwołujący nie złożył odpowiednich

podmiotowych środków dowodowych z przyczyn nieleżących po jego stronie. Nie jest zatem wypełniona jedna z przesłanek zatrzymania wadium z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że okoliczności postępowania przemawiają za tym, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł zatrzymać wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. Niezłożenie odpowiednich podmiotowych środków dowodowych nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach postępowania niezłożenie przez Odwołującego aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej P. R. nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Zamawiający w toku postępowania nie zakwestionował jednoznacznie prawidłowości tego dokumentu, mimo że dysponował nim już od dnia 23.11.2023 r. oraz kierował do Odwołującego kolejne wezwania, a następnie - z uwagi na jego nieaktualność - odrzucił ofertę Odwołującego oraz dokonał zatrzymania wadium. Gdyby Zamawiający jednoznacznie zakwestionował nieprawidłowość informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej P. R. - Odwołujący przedłożyłby aktualny dokument w odniesieniu do tej osoby.

Odwołujący dodał przy tym, że datowana na dzień 12.04.2023 r. informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca P. R. przedstawiała informacje aktualne na moment złożenia oferty oraz w okresie trwania postępowania . Sytuacja P. R. - w kontekście braku podstaw wykluczenia z postępowania weryfikowanych w oparciu o informacje z Krajowego Rejestru Karnego — nie ulegał zmianie. Znajduje to potwierdzenie w datowanej na dzień 12.01.2024 r. informacji z Krajowego

Rejestru Karnego dotyczącej P. R.. Natomiast odnosząc się nieaktualności dokumentów potwierdzających doświadczenie nowego podmiotu trzeciego dotyczącego zadanie pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w miejscowości Psary Małe" – Odwołujący wskazał, że powołanie ich przez Odwołującego wynikło z jego przekonania, że doświadczenie to zdobyte zostało w terminie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, skoro prace z zakresu gwarancji wykonywane były przez podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P. R. jeszcze w latach 2018-2023.

Przekonanie Odwołującego oparte było m.in. na stanowiskach, gdzie wskazuje się, że dla możliwości powołania się na doświadczenie nie jest konieczne, aby cały okres realizacji zamówienia przypadał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert oraz wystarczające jest jeśli prace te zakończyły się tym okresie (np. wyrok KIO 1176/23 czy wyrok KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16).

Odwołujący podsumował, że łącznie powyższe okoliczności przesądzają, że niezłożenie odpowiednich podmiotowych środków dowodowych nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego. Powoduje to, iż Zamawiający nie mógł zatrzymać wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, wobec nie wypełnienia jednej z przesłanek zatrzymania

wadium na tej podstawie.

Ad. Zarzut nr 2 dot. naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 98 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium w związku z upływem terminu związania oferta oraz zatrzymanie wadium po upływie terminu związania oferta:

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie Zamawiającego złożono w dniu 3.01.2024 r., tj. już po terminie związania ofertą w postępowaniu. Zgodnie z sekcją IV pkt 2.6 ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/S 168-529475 oraz roz. XVII SWZ termin związania ofertą upłynął w dniu 2.01.2024 r. Jednocześnie należy wskazać, że w toku postępowania Zobowiązany nie przedłużył terminu związania ofertą.

Odwołujący podał, że w roz. XVI pkt 9 ppkt 1 SWZ Zamawiający określił, że zwróci wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Z kolei w świetle przepisów ustawy Zamawiający - w związku z upływem terminu związania ofertą - zobowiązany jest z mocy prawa do zwrotu wadium. Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Odwołujący powołał orzeczenia KIO: z dnia 19.04.2022 r.. sygn. akt KIO 892/22, z dnia 15.10.2021 r. sygn. akt KIO 2806/21, jak również uchwałę KIO z dnia 8.08.2022 r. sygn. akt KIO/KD 22/22, oraz stanowisko doktryny w postaci Komentarza do art. 98 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, (red.) Marzena Jaworska. Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matu siak, wydanie 5, 2023, i Komentarza do art. 98 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. E. Wiktorowska, A. Gawrońska-Baran. A. Wiktorowski. P. Wójcik.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie Zamawiającego o zatrzymaniu wadium złożone w dniu 3.01.2024 r., podczas gdy w dniu 2.01.2024 r. upłynął termin związania ofertą - jest sprzeczne z przepisem art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp. Z uwagi na upływ terminu związana ofertą w dniu 2.01.2024 r. Zamawiający powinien dokonać zwrotu wadium w sposób określony w art. 98 ust. 5 Pzp a nie jego zatrzymania. Postępowanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Ad. Zarzut nr 3 dot. naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego o czynności zatrzymania wadium, a co za tym idzie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia bez zachowania przejrzystości: Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał zawiadomienia Odwołującego o czynności zatrzymania wadium. Odwołujący powziął w tym zakresie informację dopiero od Poręczyciela.

Mailem z dnia 3.01.2024 r. przedstawiciel Poręczyciela M. N. przesłał do Odwołującego mail Zamawiającego z dnia 3.01.2024 r., do którego załączono oświadczenie o zatrzymaniu wadium, oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr

58/10/2023/PW oraz zaświadczenie o numerze identyfikacyjnym REGON. Odwołujący podkreślił, że oświadczenie o zatrzymaniu wadium skierowane było jedynie do Poręczyciela. Odwołujący nie został przez Zamawiającego w ogóle zawiadomiony o czynności zatrzymania wadium.

Niezależnie od tego, że Odwołujący nie został poinformowany przez Zamawiającego o czynności zatrzymania wadium, to wskazał, że w oświadczeniu o zatrzymaniu wadium Zamawiający nie podał wprost ani podstawy prawnej ani uzasadnienia faktycznego. W szczególności nie wskazał wprost, że zatrzymanie wadium nastąpiło na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp ani o jakie podmiotowe środki dowodowe chodzi oraz dlaczego uznał, że ich niezłożenie nastąpiło w związku z okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego. Odwołujący podstawę zatrzymania wadium wywiódł z całokształtu postępowania.

Odwołujący stwierdził, ze taki sposób prowadzenia przez Zamawiającego postępowania jest nieprzejrzysty, pozostaje sprzeczny z art. 16 pkt 2 Pzp. Zamawiający powinien był powiadomić Odwołującego o czynności zatrzymania wadium - chociażby po to, aby umożliwić mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Gdyby Poręczyciel nie przekazał Odwołującemu oświadczenia Zamawiającego o zatrzymaniu wadium, Odwołujący nie dysponowałby informacjami umożliwiającymi zaskarżenia czynności zatrzymania wadium. W związku z powyższym Zamawiający nie zawiadamiając Odwołującego o czynności zatrzymania wadium naruszył przepisy art. 16 pkt 2 w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp.

W dniu 26 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości oraz przedstawił argumentację w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz z akt sprawy KIO 3779/23.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Izba ustaliła, że w dniu 18 grudnia 2023 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Odwołanie zarejestrowano pod sygnaturą KIO 3779/23. KIO rozpoznało ww. odwołanie w dniu 3 stycznia 2024 r. Orzeczenie zostało wydane w dniu 5 stycznia 2024 r.

Wydając wyrok w sprawie KIO 3779/24, Izba dokonała ustalenia stanu faktycznego sprawy, które to ustalenia skład orzekający uznaje za własne.

Cyt. „Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że z oferty Odwołującego wynikało, że polegał on będzie na zasobach podmiotu trzeciego, RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. Zakres zasobów udostępnianych Wykonawcy obejmował zdolność techniczną lub zawodową, tj. wiedzę i doświadczenie - dwie realizacje polegające na: budowie nowej lub przebudowie istniejącej kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o wartości robót brutto nie mniejszej niż : 3.000.000,00 zł słownie: trzy miliony złotych każda realizacja:

(1) Nazwa zadania: Rozdzielenie kanalizacji na kanalizację sanitarną i deszczową w ciągu ul. Ogrodowej, Plac Kościuszki, ul. J. Słowackiego, ul. Targowej i ul. Malinie w Pleszewie. Wartość zadania: 5.468.174,68; termin wykonania: lipiec 2021.

(2) Nazwa zadania: Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta. Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacji w obszarze aglomeracji Warta; Wartość zadania: 13.376.879,30 zł brutto; termin wykonania: grudzień 2020 r.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego wskazano, że firma RAWO zrealizuje część zamówienia poprzez jego wykonanie w ramach podwykonawstwa na podstawie umowy cywilno-prawnej. Okres realizacji: przez cały okres realizacji inwestycji. Firma RAWO udostępniła zasoby poprzez przedłożenie jako środków dowodowych w postępowaniu w celu korzystania z nich przez Wykonawcę – w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzielenia mu zamówienia - przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, w dniu 6 listopada 2023 roku wezwał Odwołującego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, zgodnie z rozdziałem XII ust. 6 SWZ, podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi:

- informacja z KRK sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

- wykazu robót budowlanych, spełniającego wymagania określone w rozdziale VI SWZ wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonanie, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonanie należycie.

Odwołujący, w dniu 17 listopada 2023 roku złożył dokumenty, w tym wykaz robót i referencje wystawione przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Warcie dla zadania „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta – budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacyjnej w obszarze aglomeracji Warta”, o wartości 13 376 879,30 zł brutto, wykonywane od 08.01.2018 r. do 29.12.2020 r.

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2023 roku, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów praz wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że brakuje informacji z KRK sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem dla podmiotu trzeciego, a także zauważył, że zadanie referencyjne realizowane było w konsorcjum, w związku z powyższym Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów, które roboty w ramach konsorcjum wykonał podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby, wraz z wyodrębnieniem wartości robót. Ponadto pokreślono, że wymienione dokumenty powinny być podpisane podpisem kwalifikowanym przez podmiot udostępniający zasoby, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Odwołujący, złożył dokument w postaci informacji z KRK dla Pana P. R. datowany na 12 kwietnia 2023 roku. Ponadto Odwołujący wskazał, że firma RAWO Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi wykonała zakres prac spełniający warunki udziału w postępowaniu w zakresie udostępnionych zasobów. Zakres prac wykonanych podczas inwestycji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta. Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacji w obszarze aglomeracji Warta” - sieci kanalizacyjne wraz z robotami drogowymi – 3.900.000,00 zł brutto. Ponownie przedstawiono referencje dotyczące przedmiotowej inwestycji.

Dodatkowo, w piśmie tym Odwołujący przedstawił oświadczenie, z którego wynikało, że istnieje możliwość wymiany podmiotu na inny zgodnie z zapisem SWZ IX punkt 7 „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zażąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału

w postępowaniu" jeśli Zamawiający nie uzna, że firma RAWO Sp. z o. o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie udostępnienia zasobów.

W dniu 28 listopada 2023 roku, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie do zadania referencyjnego dotyczącego budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej w obszarze aglomeracji Warta, ponownie zaznaczając, że powyższą inwestycję realizowało konsorcjum firm, żądając by Odwołujący wyjaśnił, które roboty w ramach konsorcjum na zadaniu wykonała firma udostępniająca zasoby.

Odwołujący, w dniu 30 listopada 2023 roku, przesłał oświadczenie, że firma RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi musi odstąpić od zobowiązania innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. Odwołujący zaznaczył, że referencje, które otrzymał od Spółki budzą wątpliwości Zamawiającego, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego podjęto decyzję o zmianie podmiotu na następujący Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P. R. z siedzibą w Tuliszkowie. Na potwierdzenie warunków złożono: zobowiązanie innego podmiotu do oddania zasobów, dokumenty potwierdzające wykonanie robót wraz z wykazem robót, gdzie przedstawiono następującą inwestycję referencyjną: „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe", wykonaną na rzecz zamawiającego – Gminy Września, za 3 216 082, 93 zł brutto, w okresie od 26/07/2017 do 21/12/2017 wraz z referencjami potwierdzającymi dane zawarte w Wykazie robót i potwierdzającymi należyte wykonanie prac. Złożono również informację z KRK dla Pana P. R. datowaną na 12/04/2023 roku.

Zamawiający, w dniu 30 listopada 2023 roku, poinformował Odwołującego, że podmiot udostępniający zasoby firma RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazane roboty referencyjne. Dlatego też Zamawiający, na podstawie art. 122 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego, by ten zastąpił ten podmiot innym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki. Dalej Zamawiający dodał, że Odwołujący poinformował, że zastępuje podmiot innym podmiotem ale jednocześnie załączył niekompletne dokumenty. Zamawiający przywołał w wezwaniu jakie dokumenty winien złożyć wykonawca, w tym informację z KRK sporządzoną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem jej złożenia, a także poprawiony wykaz robót budowlanych (jeżeli zaszły w nim zmiany związane z potwierdzeniem spełnienia warunków) spełniający wymagania określone w rozdziale VI SWZ.

Odwołujący, w dniu 4 grudnia 2023 roku przedstawił komplet dokumentów tożsamych pod względem treści z dokumentami złożonymi Zamawiającemu w dniu 30 listopada 2023 roku.

Po analizie dokumentów, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu są nieaktualne tj :

1) Załączone dokumenty poświadczają, że zadanie pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w miejscowości Psary Małe" zrealizowane było w 2017 roku, a w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagane są zadania, które zostały zrealizowane nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.

2) Załączone zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego Pana P. R. wystawione jest w dniu 12.04.2023 r, a wymagane jest zaświadczenie sporządzone nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Jako podstawę prawną wskazano art. 226 ust. 1 punkt 2 c ustawy Pzp.".

Ponadto Izba rozpoznając sprawę KIO 3779/24 stwierdziła, że „Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 128 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że wskazana przez niego inwestycja pn. Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe, która polegała na budowie kanalizacji sanitarnej i wodociągowej o wartości 3 216 082,93 zł brutto potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Z twierdzeniami tymi nie można się zgodzić. Dostrzeżenia wymaga, iż w Wykazie robót Odwołujący zaznaczył, że inwestycja wykonywana było w okresie od 26.07.2017 r. do 21.12.2017 r. Takie same daty wykonywania prac potwierdzono w dołączonej do wykazu referencji wystawionej przez Burmistrza Gminy Września. Podane informacje były spójne i jednoznaczne. Odwołujący nie zaprzeczał, że wskazany okres nie mieści się w 5 latach wyznaczonych warunkiem udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący innych dokumentów świadczących o wykonywaniu prac w innych terminach niż podane w Wykazie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu nie przedstawił. Zamawiający, bazując na posiadanych dokumentach nie mógł uznać, że wskazane roboty budowalne potwierdzają spełnianie ustalonego warunku udziału w postępowaniu, którego treści i zakresu Odwołujący nie kwestionował. Wobec tożsamych i

jednoznacznych oświadczeń

złożonych w Wykazie robót i referencjach, Zamawiający nie miał podstaw przyjąć, że to zadanie wypełnia cechy warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał także podstaw, by zwracać się do podmiotu, który wystawił referencje, nie było bowiem wątpliwości, by zakładać, że prace wykonywano w innych terminach niż podane w dokumentach, którymi Zamawiający dysponował.

Odwołujący wraz z odwołaniem złożył dodatkowe dokumenty, z których w jego ocenie wynikać ma, że prace na zadaniu referencyjnym wykonywane były także w 2019 roku, co oznaczałoby, że pozycja Wykazu potwierdza spełnianie warunku udziału. Zauważyć należy przede wszystkim, iż Odwołujący dokumentów tych nie przedstawił Zamawiającemu, choć miał taką szansę. Następnie, w ocenie Izby ocena merytoryczna treści tych dokumentów nie daje podstaw, by uznać je za potwierdzające tezy prezentowane w odwołaniu. Złożone wraz z odwołaniem jedno z pism adresowane jest do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. we Wrześni. Nie jest to podmiot, który wykonywał inwestycję referencyjną. Zatem wnioskować można, iż po zakończeniu inwestycji, sieć wraz z przyłączami przekazana została do zarządzania spółce miejskiej, do której obowiązków należy bieżące utrzymanie i eksploatacja sieci. Ponadto, z pism wynika, że wykonawca przeprowadził wizję lokalną i inspekcję TV, w wyniku których stwierdzono wymienione w piśmie usterki, naprawa usterek będzie miała miejsce w określonym w piśmie terminie. Treść ta wskazuje raczej na wykonywanie przez wykonawcę działań gwarancyjnych czy serwisowych, a nie związanych z kontynuacją robót budowlanych na danej inwestycji. Jak celnie zauważył na rozprawie Zamawiający, ze złożonego materiału nie wynika także, że prace te zostały wykonane i odebrane. Owszem, Izba podziela stanowisko, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dla możliwości powołania się na doświadczenie nie jest konieczne, aby cały okres realizacji zamówienia przypadał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert oraz wystarczające jest jeśli prace te zakończyły się tym okresie, tym niemniej nie jest to przypadek, który zaistniał w przedmiotowej sprawie. Złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że w 2019 roku na inwestycji były wykonywane czy kontynuowane dodatkowe roboty budowlane.

Konkludując, w ocenie Izby przedstawiona w Wykazie robót inwestycja nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był więc do uznania oferty Odwołującego za nieprawidłową.

Co do poprawności złożonej przez Odwołującego informacji z KRK dla Pana P. R., datowanej na 14 kwietnia 2023 roku, to zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na

dzień ich złożenia. Izba w pełni podziela i przyjmuje za własną argumentację i wykładnię przepisów przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący kilkukrotnie składał dokument dotyczący tej samej osoby, zawsze był to ten sam dokument, opiewający na tę samą datę. Zamawiający też kilkukrotnie w kierowanych do Odwołującego wezwaniach zwracał Wykonawcy uwagę, że dokument ten uznać należy za nieaktualny, wskazywał jednocześnie przyczynę takiego stanu. Na argumentację tę Odwołujący pozostał bierny i ciągle posługiwał się tym samym dokumentem.

Biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, w ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że informacja z KRK sporządzona na datę 12 kwietnia 2023 roku nie spełnia wymogów ustawowych. Jak wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Wymogu tego nie należy identyfikować z datą składania ofert. Nawet gdyby uznać twierdzenia odwołania za prawidłowe, to biorąc pod uwagę brzmienie przepisów ustawy Pzp i § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, to przepisy te należy odczytywać w następujący sposób: informacja z KRK ma być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem i jednocześnie ma być aktualna na dzień jej złożenia. Sformułowania „przed jej złożeniem" nie należy odnosić do terminu składania ofert, choćby ze względu na użytą w przepisie składnię zdania. Moment złożenia odnosi się do informacji a nie oferty.

<u>Zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu w całości.</u>

Odwołujący był kilkukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy. Prawdą jest, iż Odwołujący dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot. Nie można jednak w przedmiotowej sprawie pominąć, że osoba, dla której przedstawić należało stosowane informacje z KRK była tą samą osobą. Zawsze należało przedstawić zaświadczenie dla Pana P. R.. Odwołujący był wezwany do uzupełnienia tożsamego dokumentu już w listopadzie 2023 roku. Odwołując, wobec jasnego stanowiska Zamawiającego, zdawał sobie sprawę, że Zamawiający uznaje przedstawiany dokument za nieaktualny, a mimo to konsekwentnie składano dokument datowany na 12 kwietnia 2023 roku. Zamawiający w wezwaniu z 30 listopada 2023 roku, po zmianie podmiotu udostępniającego zasoby, kierując do Odwołującego kolejne pismo zaznaczył, że złożone dokumenty mają niekompletny charakter i są nieaktualne w zakresie informacji z KRK. W ocenie Izby treść takiego wezwania wyczerpuje obowiązek wezwania do

uzupełnienia dokumentów, w przypadku gdy zawierają one błędy lub są niekompletne. Wykonawca otrzymał więc szansę na naprawienie, uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie stosownych informacji lub dokumentacji w odpowiednim terminie, z której nie skorzystał. Kierowanie kolejnych wezwań naruszałoby zasady prowadzenia postępowania odnoszące się do równego traktowania wykonawców."

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym Odwołującego, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium. Wyznaczył też termin na złożenie stosownych oświadczeń: do dnia 02 stycznia 2024 r. Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą ani ważności wadium. Odwołujący zabezpieczył swoją ofertę wadium złożonym w postaci poręczenia zapłaty wadium Nr 58/10/2023/PW wystawionego w dniu 05 października 2023 r. przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego SA z siedzibą w Poznaniu i obowiązującego do dnia 03 stycznia 2024 r. W dniu 03 stycznia 2024 r. Zamawiający wystąpił do Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z żądaniem zapłaty wadium. W dniu 18 stycznia 2024 r. poręczyciel spełnił żądanie Zamawiającego dokonując przelewu na jego konto bankowe.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Niewątpliwie w niniejsze odwołanie nie jest nakierowane na zmianę wyniku postępowania, co jest konieczne dla możliwości jego uwzględnienia w przypadku potwierdzenia podnoszonych zarzutów. Odwołujący nie kwestionuje wyboru oferty najkorzystniejszej, de facto nie kwestionuje również – wobec treści wyroku KIO 379/23 odrzucenia swojej oferty. Czynnością jaką kwestionuje odwołujący jest czynność zatrzymania wadium i na tej czynności skupia się argumentacja odwołania. Za wyrokiem KIO 609/23 z dnia 31 marca 2023 r. wskazać należy, iż zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania). W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 14

należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego, tj. jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie wobec sposobu sformułowania zarzutów, brak jest możliwości wpływu nawet potencjalnego naruszenia przepisów na wynik postępowania i z tego też względu odwołanie podlega oddaleniu.

Jednakże, w ocenie Izby, nawet w okolicznościach, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący wnosząc odwołanie w zarzucie pierwszym wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa wlub z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa wlub oświadczenia, o którym mowa w innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego, aby zaistniały okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium w oparciu o ww. przepis konieczne jest łączne wystąpienie trzech przesłanek, tj.:

1) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie;

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub podmiotowych środków dowodowych;

3) co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Bezsporne w sprawie było, iż Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotu trzeciego na zasobach którego polegał ubiegając się o zamówienie, wskazanych przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty z dn. 06 grudnia 2023 r. tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla p. P. R. oraz dokumentów potwierdzających posiadanie przez podmiot trzeci wymaganej wiedzy i doświadczenia nabytego nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Bezsporne również było, iż wobec zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, oferta Odwołującego po złożeniu podmiotowych środków dowodowych mogła być wybrana jako oferta

najkorzystniejsza, a nie złożenie tych środków spowodował brak możliwości dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 3779/23 Izba stwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp, Izba wydając powyższy wyrok nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego art. 16 i 17 ustawy Pzp. Formułując zarzut nr 1 Odwołujący kwestionował spełnienie przesłanki nr 1 tj. nie złożenie wymaganych podmiotowych

środków dowodowych z przyczyn leżących po jego stronie argumentując, iż niezłożenie nastąpiło w związku z wystąpieniem okoliczności od niego niezależnych, przejawiających się w odstąpieniu od zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. oraz wyznaczenie przez Zamawiającego krótkiego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podnosił także, iż w jego ocenie Zamawiający nie zakwestionował jednoznacznie w toku postępowania prawidłowości Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. p. P. R. Oceny zachowania Odwołującego w niniejszym postępowaniu należy dokonać z

uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p), a więc stosować podwyższony miernik staranności wymaganej od

profesjonalnego wykonawcy. Wykonawca będący uczestnikiem rynku zamówień publicznych winien znać regulacje prawne nim rządzące. W związku z powyższym, w ocenie Izby nie można uznać argumentacji Odwołującego. Trudno uznać, iż wykonawca realizujący zamówienia publiczne nie jest w stanie ustalić w jakim okresie zakończyła się realizacja robót (wykonanie i odbiór) i przyjmuje, iż realizował roboty referencyjne, w sytuacji gdy faktycznie realizował działania gwarancyjne czy serwisowe po zakończeniu tych robót (co potwierdzają dowody złączone do odwołania) czy też jaką datę winny nosić dokumenty składane na potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

Podkreślić należy, iż jak ustalono, Zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i wyjaśnienia ich treści, w odpowiedzi Odwołujący samodzielnie (bez uprzedniego wezwania Zamawiającego dokonał zmiany podmiotu trzeciego i częściowo złożył podmiotowe środki dowodowe dla Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego RAWO P. R. już w dniu 30.11.2023 r. Zamawiający, wykonując dyspozycję art. 122 oraz art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał w dniu 30.11.2023 r., wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i ewentualnego zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego uprzednio innym podmiotem. Wykonawca wykonując tę dyspozycję podtrzymał zastąpienie firmy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego RAWO P. R.. Tym samym, uznać należy, że odwołujący wiedzę o zmianie podmiotu trzeciego i konieczności pozyskania określonych podmiotowych środków dowodowych miał już przed wezwaniem

Zamawiającego z dn. 30.11.2023 r. – co potwierdza fakt złożenia części z nich w ramach „samouzupełnienia" już w dn. 30.11.2023 r. i noszących datę 29.11.2023 r.

W tym miejscu należy nadmienić, iż Izba w wyroku KIO 3779/23 stwierdziła, że Zamawiający kilkukrotnie w kierowanych wezwaniach zwracał odwołującemu uwagę, iż informacja z KRK jest nieaktualna, okoliczności te potwierdzają akta sprawy z których wynika, iż również w wezwaniu z dnia 30.11.2023 r., Zamawiający wskazywał, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia informacji z KRK sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem (analogiczna informacja zawarta była w pismach z 06.11.2023 r. i 21.11.2023 r.). Dla oceny wystąpienia omawianej przesłanki, nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż pomimo zmiany podmiotu trzeciego wymagana informacja z Krajowego Rejestru Karnego cały czas dotyczyła tej samej osoby tj. p. P. R.. Zatem słusznie stwierdza Zamawiający, iż wiedzę o wymaganym dokumencie Odwołujący miał już 06 listopada 2023 r. i dysponował wystarczającym czasem na pozyskanie i przedłożenie właściwego dokumentu.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający stwierdza, że nie można uznać, iż niezłożenie podmiotowych środków dowodowych nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. W szczególności fakt niezłożenia aktualnej informacji z KRK pomimo kilkukrotnego wezwania, nie może być oceniany jako zdarzenie niezależne od wykonawcy. W takim stanie rzeczy, zważywszy, że przesłanka oznaczona powyżej jako pierwsza, spełniła się, a spełnienie pozostałych przesłanek było bezsporne, skład orzekający stwierdza, że czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego jest zgodna z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy powołane przez Zamawiającego jako dowód w sprawie Ogłoszenia o wykonaniu umowy. Wykonawca posiada dowolność m.in. w zakresie wyboru podmiotu trzeciego oraz wykazywanych zasobów i to on ponosi konsekwencje gdy okaże się, że zasoby te nie są właściwe dla potwierdzenia spełniania warunków. Ponadto z samych ogłoszeń o wykonaniu umowy, bez znajomości wszystkich aspektów realizacji umowy trudno wywodzić, iż spełnia ona warunki udziału w postępowaniu.

Odnośnie kolejnego zarzutu należy wskazać, iż Odwołujący zaniechał przedstawienia argumentacji co do braku podstaw do zatrzymania wadium. Odwołujący skupił się na argumentacji w zakresie terminu zwrotu wadium i w tym zakresie przedstawił uzasadnienie. W ocenie Izby instytucje zwrotu wadium oraz jego zatrzymania są instytucjami odrębnymi od siebie, a przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 reguluje zwrot wadium w przypadku gdy nie podlega ono zatrzymaniu. Wobec powyższego w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż zatrzymanie wadium nastąpiło z naruszeniem art. 98 ust. 1 pkt 1 w zw. z art 98 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdził się również trzeci z podnoszonych zarzutów. Zamawiający miał uprawnienie do skierowania wezwania do zapłaty wadium do poręczyciela. Słusznie podnosił i wywodził Zamawiający, i w tym zakresie Izba stanowisko Zamawiającego uznaje za własne, iż przepisy prawa nie nakładają na niego obowiązku informowania wykonawcy o zatrzymaniu wadium w sytuacji, gdy jest ono składane w formie poręczenia. Z samego zaś Oświadczenia Poręczyciela jednoznacznie wynika, że poręczenie jest udzielane solidarnie (§ 3 ust 1 zd. 2) a wśród wymogów skuteczności żądania jego wypłaty (§ 4) nie znajduje się wymóg wcześniejszego zawiadomienia Zobowiązanego. Niezależnie od powyższego należy podnieść, że zarówno doktryna jak i orzecznictwo, w tym orzecznictwo KIO uznają, iż zobowiązanie poręczyciela do zapłaty wadium jest solidarne ze zobowiązaniem wykonawcy, oba zobowiązania powstają jednocześnie (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 2589/21). A skoro tak, to Zamawiający mógł skierować żądanie zapłaty kwoty wadium bezpośrednio do Poręczyciela, bez konieczności wzywania do zapłaty, czy chociażby informowania o swym żądaniu Odwołującego. Jak zresztą wynika z

samego odwołania, Poręczyciel zawiadomił w tym samym dniu tj. 03.01.2024 roku Odwołującego o wystąpieniu Zamawiającego z żądaniem zapłaty. Odwołujący nie został tym samym pozbawiony możliwości obrony swych praw, z czego skorzystał, składając odwołanie.

Nie można zgodzić się z tezą, iż interesy wykonawcy były zagrożone również z tego względu, iż mógł on, zgodnie z dyspozycją art. 515 ust. 3 pkt. 1) Pzp skorzystać ze środków ochrony prawnej w terminie liczonym od momentu powzięcia informacji o wystąpieniu okoliczności uzasadniających odwołanie, a tym samym brak informacji ze strony Zamawiającego nie wpływała na prawo do obrony wykonawcy.

Biorąc pod uwagę materię odwołania należy wskazać, iż wykonawca może dochodzić roszczeń związanych z zatrzymaniem wadium przed sądem cywilnym, gdyż sprawa o zasądzenie jego wartości na rzecz wykonawcy jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawny i formalnym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zasądzając od

Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury VAT złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

Członkowie: ……