

WYROK

Warszawa, dnia 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Alma Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od Zamawiającego – Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

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:.....

Sygn. akt KIO 3551/24

Uzasadnienie

Zamawiający Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej: *Zamawiający* prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: *„ustawa Pzp”* postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Usługa wdrożenia rozwiązania monitorowania bezpieczeństwa sieci telekomunikacyjnej

w ENEA Operator sp. z o.o.”, dalej: *„Postępowanie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu *zostało* zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2024 r. pod numerem 285536-2024.

W dniu 30 września 2024 r. wykonawca Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej: *„Odwołujący”* wniósł odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 19 września 2024 roku.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”), polegające na przyjęciu, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy treść oferty Odwołującego pozostaje zgodna z warunkami zamówienia, a wskazany przez Zamawiającego termin zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej nie może zostać zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Uwzględnienia oferty Odwołującego w toku dalszego badania i oceny ofert.
3. Zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z obowiązującymi przepisami i przedstawionym na rozprawie rachunkiem.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Usługa wdrożenia rozwiązania monitorowania bezpieczeństwa sieci technologicznej w ENEA Operator sp. z o.o.” (RPUZ/P/0140/2024/DT/TB).

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zamówienia w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wraz z ofertą Odwołujący złożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej - Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr 913600081527 wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie.

Oprócz oferty Odwołującego ofertę złożył jeszcze jeden inny wykonawca.

W dniu 19 września 2024 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z uwagi na fakt, iż jej treść

jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne, w którym podał, że wymagał wniesienia wraz z ofertą wadium, zgodnie z pkt 6.1.1. lit e) SWZ, którego warunki określił w Pkt 7 SWZ. Zamawiający wyjaśnił, że złożona przez Odwołującego ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nie spełnia wymagania pkt 7.4.3. SWZ („termin wypłaty żądanej kwoty beneficjentowi, nie dłuższy niż 14 dni od dnia złożenia żądania.”),

a „niezgodność polega na tym, iż z treści dokumentu wadium (pkt 5) wynika, że wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty”.

Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, co przesądza o wadliwości tej czynności i powinno skutkować jej uchyleniem oraz nakazaniem jej powtórzenia.

Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”.

Przesłanka ta nie występuje w niniejszej sprawie, a Zamawiający nie wykazał, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP nakazuje odrzucenie oferty, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Istotne znaczenie ma przy tym ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie rozumienie przedmiotowej przesłanki.

„Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego

oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi

w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 2023).

„Z dotychczasowej linii orzeczniczej i aktualnej wynika, że uchybienia co do treści ofert

w odniesieniu do SWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty (por. aktualny wyr. SO w Toruniu z 28.12.2005 r., VIII Ca 593/05, niepubl.; wyr. SO w Warszawie z 3.9.2004 r., V Ca 1738/04, niepubl.; wyr. ZA

z 31.1.2007 r., UZP/ZO/0-94/07, Legalis; wyr. KIO z 2.11.2022 r., KIO 2721/22, Legalis).

Uchybienia formalne nie stanowią takiej przyczyny (np. niedokładności w przedmiarze robót niedotyczące bezpośrednio przedmiotu zamówienia i niezmieniające go, brak paraflowania niektórych stron) – por. wyr. ZA z 6.7.2004 r., UZP/ZO/0-1004/04, Legalis; wyr. SO w Poznaniu z 5.4.2005 r., II Ca 404/05; wyr. ZA z 18.1.2005 r., UZP/ZO/0-3/05, Legalis; wyr. KIO

z 17.6.2022 r., KIO 1441/22, Legalis.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Paweł Granecki, Iga Granecki, wyd. 2024).

„Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie

w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym

w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc wskazania

przez zamawiającego, z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 r., KIO 891/23).

Ofertę należy rozumieć zgodnie z art. 66 § 1 k.c. Kodeksu cywilnego według którego oferta to oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy określające warunki przyszłego świadczenia. Z tego też względu za treść oferty uważa się merytoryczną treść oświadczenia woli wykonawcy co do spełnienia przyszłego świadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Wynika z tego także, że sprzeczność treści oferty z warunkami zamówienia wystąpić może wówczas, gdy sposób spełniania świadczenia wykonawcy określony w jego ofercie został zaoferowany w innym niż określony w dokumentach rozmiarze (mniejszym lub większym) lub na odmiennych warunkach. Zawsze jednak rozważając ofertę wykonawcy na płaszczyźnie jej zgodności z warunkami zamówienia, odnieść należy warunki i zakres zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia do wymagań zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania. Aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę na podstawie 226 ust. 1 pkt 5) PZP, zobowiązany jest wskazać jednoznacznie treść SWZ oraz treść oferty wykonawcy, która nie koresponduje ze wskazaną treścią SWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SIWZ, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 788/11). Przy czym zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO, wszelkie wątpliwości wynikające z SWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Bezsporne jest, iż niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny i musi być nieusuwalna w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Wystąpi więc ona wówczas, gdy nie będzie możliwe postawienie znaku równości pomiędzy zobowiązaniem wynikającym z oferty wykonawcy a tym, które opisane zostało w dokumentacji i którego realizacji oczekuje zamawiający. Tym samym sankcją odrzucenia nie są obarczone wadliwości, które na treść tego zobowiązania nie wpływają. Odwołujący ponownie podkreśla, że złożonej przez niego ofercie nie sposób zarzucić merytorycznej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. W szczególności za treść oferty nie uznaje się przedkładanych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, a także wadium.

Zgodnie z cytowanymi powyżej komentarzami i orzeczeniami, wyłącznie niezgodność o charakterze merytorycznym i istotnym mogą powodować odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Taka niezgodność nie występuje w niniejszej sprawie. Zawartość merytoryczna oferty Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia. Treść merytoryczna oferty nie budzi zarzutów i potwierdza, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego wyartykułowanymi w warunkach zamówienia. Co istotne, wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie finansowe zabezpieczenie oferty. Zatem dokument wadium nie jest częścią oferty, a jedynie dokumentem wnoszonym wraz z ofertą. Skoro dokument wadium nie jest częścią oferty, to jakiegokolwiek nieprawidłowości tego dokumentu nie mogą zostać uznane za niezgodność oferty z warunkami zamówienia (bo dokument wadium nie jest ofertą).

„Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 PrZamPubl.” (Prawidłowość dokumentu wadium, cz. 2, Zam.Pub.Dor. rok 2021, nr 11, s. 48-55, R. Pruszkowski)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wyartykułował żadnych zastrzeżeń dotyczących merytorycznej treści oferty złożonej przez Odwołującego. Jedyne zarzuty Zamawiającego dotyczą nieścisłości treści gwarancji wadium. Jednak treść gwarancji wadium, nawet jeżeli byłaby wadliwa (czemu Odwołujący zaprzecza) nie może zostać zakwalifikowana jako niezgodność z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze fakt, że jedyną przywołaną przez Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodną z warunkami zamówienia, była okoliczność dotycząca gwarancji wadium, a dokument wadium nie jest częścią oferty, to ewentualne nieścisłości dokumentu wadium nie mogą stanowić niezgodności oferty z warunkami zamówienia i tym samym podstawy odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Dlatego treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i nie ma żadnych podstaw, aby oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.

Tym samym czynność odrzucenia oferty na wskazanej podstawie podlega uchyleniu, co czyni niniejsze odwołanie w pełni uzasadnionym.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w pkt. I niniejszego odwołania Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający pozostają związani tą podstawą prawną i na obecnym etapie Zamawiający nie może modyfikować podstawy faktycznej i prawnej czynności odrzucenia oferty. Potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 listopada 2021 roku, sygn. XXIII Zs 108/21: „Nie jest natomiast prawidłowe zachowanie zamawiającego, który najpierw odrzuca ofertę, a

dopiero później (na etapie postępowania przed KIO, albo sądem) wskazuje nowe podstawy faktyczne i prawne tej decyzji.”

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazał, że wskazane w uzasadnieniu faktycznym zastrzeżenia w zakresie wniesionego wadium nie dają Zamawiającemu prawa odrzucenia oferty Odwołującego również na jakiegokolwiek innej podstawie, w tym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP. Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP: „1. Zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli: (...) 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;”

Kluczowe znaczenie dla oceny tej przesłanki odrzucenia oferty ma charakter tego przepisu. „Podkreślić ponownie należy, że przepisy art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy PZP należy interpretować zawężająco. Jedynie zaistnienie okoliczności wyraźnie w nich wskazanych może doprowadzić do odrzucenia oferty.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2023 roku, KIO 380/23).

Powyższa wykładania związana jest z nadrzędnym celem tego przepisu jakim jest zapewnienie zamawiającemu realnej możliwości uzyskania wadium jeżeli wystąpią przesłanki

zatrzymania wadium. Przesłanka niewniesienia wadium nie budzi wątpliwości. Podobnie nie utrzymanie wadium lub złożenie wniosku o jego zwrot. Rozważania wymaga natomiast rozumienie pojęcia nieprawidłowego wniesienia wadium. Mając na uwadze istotę instytucji wadium i wskazaną powyżej wskazówkę nakazującą zawężającą wykładnię przepisu, za nieprawidłowe wniesienie wadium należy uznać wyłącznie takie, które prowadzi do braku zabezpieczenia interesów zamawiającego. Jakiegokolwiek zastrzeżenia dotyczące gwarancji wadium muszą prowadzić do odrzucenia oferty tylko w przypadku, jeśli wadium nie zabezpiecza skutecznie interesów zamawiającego. Tylko taka wadliwość dokumentu wadium,

która powoduje, że zamawiający nie uzyska kwoty wadium będzie uzasadniała zastosowania

przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP. Przeciwny wniosek byłby skutkiem nadmiernego formalizmu godzącego w podstawowe założenia prawa zamówień publicznych.

„Nadrzędnym celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dążenie zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś eliminacja wykonawców

z postępowania, służąca zachowaniu nieprawidłowo rozumianej zasady formalizmu” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2024 roku, KIO 125/24)

Odwołujący podkreślił, że na gruncie niniejszej sprawy nie ma podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie 226 ust. 1 pkt 14) PZP. Istotne okoliczności związane

z wniesieniem wadium przez Odwołującego przedstawiają się następująco:

- Odwołujący wniósł wadium w Postępowaniu w formie bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze wezwanie gwarancji ubezpieczeniowej
- wadium zostało wniesione terminowo
- wadium zostało wniesione w należytej wysokości
- dokument wadium został wystawiony przez uprawniony podmiot
- dokument wadium daje Zamawiającemu gwarancję uzyskania kwoty wadium, w przypadku wystąpienia przesłanek wynikających z PZP.

W tym stanie rzeczy nie ma przesłanek, aby uznać, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione nienależycie. Sam fakt, iż termin wypłaty wadium jest nieznacznie dłuższy niż termin wskazany przez Zamawiającego nie może przesądzać o wadliwości wadium.

Różnica dotycząca terminu płatności nie pozbawia bowiem Zamawiającego możliwości uzyskania kwoty wadium, a tym samym wadium należy uznać za skutecznie wniesione

i w pełni zabezpieczające Zamawiającego we wszystkich przypadkach wynikających z przepisów PZP.

„Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta w terminie ważności gwarancji do nieodwołalnej

i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności,

o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ZamPublU” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 roku, KIO 952/20).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które nie dyskwalifikuje gwarancji wadium z uwagi na drobne uchybienia lub nieścisłości, w sytuacji gdy zapewnione jest spełnienie celu gwarancji jakim jest zapewnienie skutecznego

uzyskania wadium przez zamawiającego.

„W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej, (...), nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium. Zwrócić bowiem należy uwagę na cel, w jakim zostaje ustanowione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ustępie 5 ww. przepisu ustawodawca wskazał również, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn

leżących po stronie wykonawcy. Powyższe, jednoznacznie wskazuje na charakter wadium, które można odczytywać, jako zabezpieczenie Zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym wykonawcą oraz przed ewentualną złą współpracą wykonawców w celu uzyskania zamówienia publicznego.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 roku, KIO 54/11).

„Izba uznała, że nie ma możliwości poprawienia omyłki pisarskiej w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie daje takiej możliwości. Niemniej jednak, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 KC, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak

tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady

współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ten sam zwrot może bowiem oznaczać co innego w różnym kontekście, np. w zależności od rodzaju i celu czynności. Niewątpliwym jest,

iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - PZU. S.A.) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu

o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym stwierdzić należy, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.”

(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

30 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 930/09).

„Dla oceny prawidłowości wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadnym jest przywołanie funkcji wadium. I tak, w doktrynie i orzecznictwie Izby wskazuje się na dwie podstawowe funkcje wadium. Z jednej strony wadium stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, z drugiej zaś

strony rolę wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą oraz zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto

w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze

pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co

najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ZamPublU. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 roku, KIO 2486/20).

Podobnie, w wyroku z dnia 15 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 623/21) Izba uznała, że odwołanie

się przez gwaranta w gwarancji wadialnej do nieobowiązującej już ustawy z dnia 24 stycznia

2004 r. – Prawo zamówień publicznych w przypadku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych nie może być uznane za przypadek nieprawidłowego

wniesienia wadium w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP. Mimo to, że przepisy ustawy Pzp z 2004 r. oraz PZP z 2019 r. wykazują różnice w treści przesłanek zatrzymania wadium, Izba uznała, że skoro przedłożona nieodwołalna,

bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie gwarancja umożliwiała zamawiającemu zatrzymanie wadium i w pełni zabezpieczała interesy zamawiającego, to niedopuszczalne było odrzucenie oferty wykonawcy. Analogicznie w niniejszej sprawie, wniesione przez Odwołującego wadium w postaci nieodwołalnej, bezwarunkowej i płatnej na

pierwsze żądanie gwarancji ubezpieczeniowej umożliwia bezsprzecznie Zamawiającemu zatrzymanie wadium we

wszystkim przypadkach przewidzianych przepisami PZP.

Okoliczność wskazania w treści gwarancji maksymalnego terminu 30 dni na wypłatę sumy gwarancyjnej na rzecz Zamawiającego, co nie wyklucza wypłaty tej sumy gwarancyjnej we wcześniejszym terminie 14 dni od otrzymania wezwania, nie uprawnia do stwierdzenia, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. Takie działanie byłoby przejawem skrajnego formalizmu Zamawiającego, nieznajdującego jakiegokolwiek uzasadnienia w zasadach prowadzenia zamówienia publicznego, w szczególności, że Gwarant w treści udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej odwołuje się wprost do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na „WDROZENIE ROZWIAZANIA MONITOROWANIA BEZPIECZENSTWA SIECI TECHNOLOGICZNEJ W ENEA OPERATOR SP. Z O.O. Oznaczenie sprawy: RPUZ/P/0140/2024/DT/TB (zwanym dalej postępowaniem)”. Niewątpliwie więc Gwarant wystawił gwarancję ubezpieczeniową odnoszącą się wprost do warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ i tym samym gwarancja ta w pełni zabezpiecza Zamawiającego we wszystkich przypadkach wskazanych tak w przepisach PZP, jak i w SWZ. Określenie zaś przez gwaranta terminu wypłaty sumy gwarancyjnej, ani nie jest ograniczeniem przypadków, w których Zamawiający może zatrzymać wadium wskazanych w PZP, ani nie czyni gwarancji warunkowej, odwołalnej lub nie będącej płatną na pierwsze żądanie. Zatem wniesiona przez Odwołującego gwarancja w pełni i we wszystkich przypadkach zabezpiecza Zamawiającego i chroni go przed nierzetelnością Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający prowadził lub prowadzi inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których w ogóle nie określa w SWZ terminu, w jakim ma nastąpić wypłata środków z gwarancji wadialnej. Zamawiający w ogóle nie określił wymaganego terminu wypłaty kwoty z gwarancji wadialnej.

Co istotne brak określenia w SWZ terminu wypłaty z gwarancji wadialnej dotyczy postępowań wszczętych zarówno przed jak i po wszczęciu Postępowania. Nie jest to zatem zmiana systemowa w przedsiębiorstwie Zamawiającego, ale dowód na to, że termin wypłaty

z gwarancji wadialnej ma dla Zamawiającego znaczenie uboczne i drugorzędne. Jeżeli

w części prowadzonych postępowań Zamawiający nie określa terminu wypłaty z gwarancji to uznać można, że termin wypłaty wadium z gwarancji wadialnej nie ma istotnego znaczenia dla

Zamawiającego i dlatego nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty. Jeżeli byłoby inaczej, Zamawiający konsekwentnie w każdym postępowaniu określałby konkretny termin wypłaty wadium z gwarancji.

Powyższe okoliczności dowodzą, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Odwołującego stanowi prawidłowe wniesienie wadium.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 10 października 2024 r. Zamawiający ustosunkował się do treści odwołania w poniższy sposób:

Treść odwołania stawia dwa zarzuty:

- 1) Niewłaściwej podstawy prawnej przy odrzuceniu oferty;
- 2) Wskazania, że stan faktyczny w postaci niezgodnego z wymaganymi zamawiającego terminu wypłaty wadium nie kwalifikuje oferty do odrzucenia na podstawie art. 226 ust 1 pkt 14 PZP.

Ad 1)

Zamawiający wskazał, że w niniejszym przypadku niezasadne byłoby uwzględnienie odwołania gdyż zgodnie z treścią art. 554 ust 1 pkt 1) PZP 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.

W niniejszej sprawie podstawą odrzucenia oferty de facto było złożenie gwarancji wadialnej

o treści niezgodnej z wymogami zamawiającego co do tej treści. I tego nie neguje Odwołujący. Wskazuje natomiast, że podstawa prawna wskazana przez zamawiającego w informacji

o odrzuceniu rzeczowej oferty może dotyczyć wyłącznie treści ścisłej oferty oraz jej niezgodności z warunkami zamówienia rozumianymi jako opis przedmiotu zamówienia.

Otóż w obecnym brzmieniu art 226 ust 1 pkt 5) PZP następuje odwołanie do treści art. 7 pkt 29, co oznacza, że owa niezgodność może być rozumiana jako m. in niezgodność

z wymaganiami proceduralnymi. Oferta z kolei w ramach zamówień publicznych rozumiana może być sensu stricte jako ścisłe oświadczenie woli wykonawcy o zamiarze zawarcia określonej umowy z zamawiającym ale także sensu largo jako całość dokumentacji zmierzającej do zawarcia takiej umowy w tym również obejmująca element dodatkowy jako zabezpieczenie wadialne. W niniejszym przypadku należy rozpatrywać ją w sensie szerokim wraz z zabezpieczeniem wadialnym.

Idąc dalej nawet gdyby uznać, że wskazana podstawa prawna jest błędna to stan faktyczny jest jasny, zrozumiały i nie budzi wątpliwości. Gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego odbiega w swojej treści od wymogów

zamawiającego. Zatem nawet gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie tym zakresie to spowoduje to ponowną ocenę zamawiającego z takim skutkiem, że oferta odwołującego wciąż podlegałaby odrzuceniu z zastosowaniem tego samego stanu faktycznego, który miałby podstawę w przepisie art. 226 ust 1 pkt 14) PZP.

Zatem nie nastąpią przesłanki uwzględnienia odwołania wynikające treści art. 554 ust 1 pkt

1) PZP gdyż efekt jego uwzględnienia prowadziłby do takiego samego stanu jak istnieje w chwili orzekania.

Z powyższym wiąże się zatem nie tylko obowiązek odwołującego do zakwestionowania podstaw prawnych skarżonej czynności (zaniechania) zamawiającego, ale także skorelowane z tym skargę podstaw faktycznych.

Tak też KIO w wyroku z dnia 2016-06-09, KIO 905/16 - Wskazać należy, że dla podniesienia zarzutu konieczne jest wskazanie w odwołaniu nie tylko podstawy prawnej naruszenia, ale przede wszystkim okoliczności faktycznych związanych z określonym zaniechaniem zamawiającego czy też bezprawną czynnością. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” (sygn. akt X Ga 110/09).

Ad 2.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uznał, że skoro wymagał aby płatność wadium nastąpiła w terminie 14 dni od zgłoszenia, a Odwołujący przedstawił gwarancję określającą termin 30 dniowy to oferta taka nie została właściwie zabezpieczona wadium. Nawet przyjmując, że podstawa odrzucenia to art. 226 ust 1 pkt 14 to znamiona tego przepisu należy

uznać za wypełnione. Należy uznać za chybioną argumentację Odwołującego, która zmierza do wykazania, że zaoferowanie 30 dniowego terminu płatności w stosunku do 14 dniowego wymaganego przez zamawiającego mogłoby być kwalifikowane jako omyłka de facto bez znaczenia - tak Odwołujący przywołując np. wyrok KIO 54/11. Podobnie argumentacja wskazująca, że pomimo tej rozbieżności Zamawiający i tak uzyska stosowną kwotę wadium w razie ziszczenia się przesłanek ustawowych. W tym miejscu podkreślić należy, że to Zamawiający jest dysponentem postępowania i to on kreuje postanowienia wg swoich potrzeb. Nie ma znaczenia czy w tym konkretnym przypadku jakimi pobudkami się kierował.

Dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców należy uznać, że każdy z wykonawców, który zachował się zgodnie z dyspozycją zamawiającego nie powinien być oceniany (w sensie dokonywanych czynności) na równi z wykonawcą który sam sobie wykreował określone postanowienia w postępowaniu. Skoro zamawiający dane postanowienie ułożył w treści SWZ i żaden z wykonawców nie podnosił zarzutu co do jego treści i każdy (poza Odwołującym) sprostował postanowieniu, to nierównym byłoby potraktowanie każdego z Wykonawców jako prawidłowo zabezpieczającego ofertę przez złożenie wadium.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający jednostkowo, wyłącznie w tym konkretnym postępowaniu postawił określony wymóg co świadczyć ma iż systemowo ten element jest dla zamawiającego bez znaczenia. Jest to spłykanie warunków stawianych przez zamawiającego we takim sensie, że można negocjować właściwie każde postanowienie, które jest precedensowe i nie miało miejsca czy to w historii czy późniejszych postępowaniach. Oceniane postanowienie miało znaczenie w tym konkretnym postępowaniu słusznie zostało postawione przez zamawiającego aby wykonawcy samodzielnie nie określali tego terminu. Zamawiający chce mieć akurat w tym postępowaniu pewność co do otrzymania kwoty wadium w ścisłym terminie.

To, że Zamawiający uzyska kwotę wadium jest bez znaczenia bo równie dobrze może istnieć szereg innych postanowień utrudniających, warunkujących czy w inny sposób niezgodnych z poleceniem zamawiającego, który finalnie uzyska kwotę wadium ale np. po spełnieniu dodatkowych warunków.

Tym samym wskazać należy w konkluzji, że to zamawiający kreuje postanowienia w postępowaniu, a w sytuacji gdy Wykonawca się nie zgadza z tak określonymi postanowieniami wówczas przysługują mu inne rozwiązania prawne, a nie uznanie iż postanowienia te nie istnieją lub nie mają znaczenia. Sam moment złożenia oferty wskazuje na pełną zgodę co do warunków w postępowaniu i negocjowanie ich istnienia de facto zmierza do negocjowania postanowień SWZ post factum i z przekroczeniem ustawowego terminu co do złożenia odwołania na treść SWZ.

W konkluzji Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca wykonawcy Alma Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, dalej: „Przystępujący”.

Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z 16 października 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W SWZ w pkt 6. Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wskazujących brak podstaw wykluczenia Zamawiający przewidział:

ppkt „6.1.1. Ponadto Wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty:

e) dowód wniesienia wadium albo dokument wadium.”

W pkt „7. Wadium:

W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie niegotówkowej z treści dokumentu wadium musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

7.4.3. termin wypłaty żądanej kwoty beneficjentowi, nie dłuższej niż 14 dni od dnia żądania.”

Odwołujący wraz z ofertą złożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej - Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr 913600081527, wystawionej przez Towarzystwo

Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie.

19 września 2024 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu prawnym odrzucenia Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11 września 2019 r - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zmianami), [dalej: Pzp], tj. z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia, Zamawiający wskazał, że wymagał wniesienia wraz z ofertą wadium, zgodnie z pkt 6.1.1. lit e) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), którego warunki określił w Pkt 7 tego dokumentu.

Zamawiający w toku badania

i oceny złożonych ofert stwierdził, iż Odwołujący do złożonej oferty dołączył dokument wadium

w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A.

Zamawiający w toku badania złożonej oferty ocenił, iż załączona do oferty Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nie spełnia wymagania pkt 7.4.3. SWZ - "termin wypłaty żądanej kwoty beneficjentowi, nie dłuższy niż 14 dni od dnia złożenia żądania."

Niegodność polega na tym, iż z treści dokumentu wadium (pkt 5) wynika, że wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty.

W konsekwencji powyższe skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofert, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 199/24), przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje

i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty czyli,

stosowanie do art. 66 Kodeksu cywilnego, oświadczenia woli wykonawcy zawarcia umowy określające warunki przyszłego świadczenia, jako najkorzystniejszej.

Wynik takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Jeśli natomiast chodzi o definicję wadium, to w ślad za stanowiskiem doktryny, należy wskazać, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia wadium. Określają jedynie zasady ustalenia wysokości wadium, dopuszczalne formy jego wnoszenia, warunki zatrzymania wadium oraz jego zwrotu. Z przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących aukcji

i przetargu, stosowanych na podstawie odesłania zawartego w art. 8 ustawy Pzp, można wywieść, że wadium stanowi zabezpieczenie, wnoszone w formie zapłaty określonej sumy pieniężnej lub zabezpieczenia jej zapłaty, przed uchylaniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy, które powinno być ustanowione przed przystąpieniem do przetargu, pod rygorem niedopuszczenia do udziału w nim (art. 704 Kc). Skutkiem braku ustanowienia wadium jest zatem niedopuszczenie do udziału w postępowaniu aukcyjnym lub przetargowym. W ten sposób wadium na gruncie Kodeksu cywilnego realizuje funkcję wstępnej selekcji uczestników tych postępowań, eliminując z nich wykonawców, co do których z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że nie dysponują środkami do wykonania zamierzonej przez organizatora umowy (tak P. Machnikowski, Z. Radwański, w: Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), System, t. 2, s. 475). Podobną funkcję wadium pełni w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem niewniesienia wadium lub wniesienia

w sposób nieprawidłowy lub nieutrzymania wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym na podstawie przepisów PZP wadium pełni szerszą rolę – stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania (por. KIO w wyr. z 12.12.2019 r., KIO 2418/19, niepubl., oraz z 11.3.2015 r., KIO 368/15, Legalis). Zamawiający może zatrzymać wadium nie tylko w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 PZP, rozumianych szeroko jako „uchylanie się” od podpisania umowy, ale również w konsekwencji wystąpienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na możliwe działania lub zaniechania wykonawcy w postępowaniu, które mogłyby zakłócić jego prawidłowy przebieg. Rolą wadium jest zatem zagwarantowanie efektywności zamówień publicznych przez umożliwienie zamawiającemu doprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia do momentu zawarcia umowy oraz skuteczne przeciwdziałanie znikom przetargowym (por. uchw. KIO z 2.7.2019 r., KIO/KU 46/19, Legalis), por. Komentarz do art. 97 Pzp, Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, 2023 r., wyd. 5.

Izba stwierdziła, że nie budzi wątpliwości, że wadium nie może zostać uznane ani za treść oferty ani jej element, ponieważ nie określa elementów przedmiotowo istotnych proponowanej umowy, nie zawiera żadnych elementów, które tę umowę charakteryzują i indywidualizują, lecz stanowi zabezpieczenie oferty.

W Postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli do załączenia dokumentu wadium lub dowodu jego wniesienia do oferty.

Tymczasem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego przywołał przepis art. 226 ust.

1 pkt 5 ustawy Pzp (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia) i odniósł niezgodność treści oferty do dokumentu wadium.

Wobec powyższego, Izba zgodziła się z Odwołującym, że nieprawidłowości dotyczące dokumentu wadium nie mogą zostać uznane za niezgodność oferty - oświadczenia woli wykonawcy zawarcia umowy określającym warunki przyszłego świadczenia, z warunkami zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, że była związana treścią odwołania i wskazaną w nim czynnością Zamawiającego, od której odwołanie wniesiono - odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a wobec powyższego kontrolą, na skutek wniesionego odwołania objęta została powyższa czynność, a nie czynność, którą Zamawiający podjąłby, gdyby podstawą prawną odrzucenia był art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Również z powyższych względów Izba pozostawiła bez rozpoznania wnioszek Odwołującego o zadanie pytania do Trybunału Sprawiedliwości o następującej treści: "Czy art. 36 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/UE, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten zezwala na odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zastrzeżenia odmiennego terminu zapłaty sum gwarancyjnych niż przewidziany w SWZ, w przypadku, gdy taka sankcja nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy.".

Wobec powyższych okoliczności, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust.

1 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.), mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego, zaliczając na poczet kosztów niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz koszt obejmujący wynagrodzenie pełnomocnika, oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....