

WYROK

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę **W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lipka**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2024 r.,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto,
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy W.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Gminę Lipka i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów opłaty skarbowej,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Lipka na rzecz wykonawcy W.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lipki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Usługi transportowe w zakresie dowozu dzieci do szkół podstawowych i przedszkola na terenie Gminy Lipka na lata szkolne od drugiego semestru 2023/2024 do końca roku szkolnego 2025/2026” (zwane dalej „Postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) (dalej jako „ustawa” lub „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00044156/01 z dnia 17 stycznia 2024 roku. W dniu 26 lutego 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę W.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Caro" W.S. Smolajny 82 11-040 Dobre Miasto, zwanego dalej „Odwołującym” od czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

- 1) przedwczesnego zwrotu Odwołującemu wadium;
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego w związku z bezpodstawnym zwrotem wadium;
- 3) wyboru oferty jako najkorzystniejszej Autocentrum D.K. (dalej jako Autocentrum);
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 65 kc w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię wniosku przesłanego z adresu e-mail Odwołującego dotyczącego zwrotu wadium po zakończeniu postępowania;
- 2) art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zwrot wadium Odwołującemu pomimo braku właściwego wniosku o zwrot

wadium – złożonego po wyborze oferty najkorzystniejszej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez przedwczesne odrzucenie oferty

Odwołującego na podstawie wniosku o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo braku złożenia właściwego, zgodnego z przepisami ustawy Pzp, wniosku przez Odwołującego;

4) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Autocentrum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert;

ewentualnie

5) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia przedmiotowego postępowania, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Autocentrum D.K. jako oferty najkorzystniejszej;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4) dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

ewentualnie

5) o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa.

Zamawiający ogłosił postępowanie na „Usługi transportowe w zakresie dowozu dzieci do szkół podstawowych i przedszkola na terenie Gminy Lipka na lata szkolne od drugiego semestru 2023/2024 do końca roku szkolnego 2025/2026”. W postępowaniu wpłynęło

5 ofert.

Wniosek Odwołującego o zwrot wadium wpłynął do Zamawiającego w dniu 12.02.2024 r. Zamawiający w dniu 13.02.2024 r. ogłosił wynik postępowania, w którym najpierw dokonał wyboru oferty PTO Lipnicki sp. z o.o. sp.k. Zaznaczyć należy, że w informacji tej żadna z ofert nie została odrzucona.

W dniu 21.02.2024 r. na rachunek bankowy Odwołującego wpłynął zwrot wadium złożonego w tym postępowaniu.

Następnie w dniu 23.02.2024 r. Zamawiający ogłosił nowy wynik postępowania, w którym dokonał wyboru oferty Autocentrum D.K. oraz poinformował o uchyleniu się od zawarcia umowy przez PTO Lipnicki sp. z o.o. sp.k. dodatkowo również odrzucił ofertę Odwołującego.

Uzasadnienie zarzutów

1. Naruszenie art. 65 kc w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię wniosku przesłanego z adresu e-mail Odwołującego dotyczącego zwrotu wadium po zakończeniu postępowania.

W dniu 12.02.2024 r. zostało przesłane do Zamawiającego, z adresu email Odwołującego, pismo z wnioskiem o zwrot wadium w związku z zakończeniem postępowania nr ZP.271.2.DU.2024.U „Usługi transportowe w zakresie dowozu dzieci do Szkoły Podstawowej i Przedszkola na terenie Gminy Lipka 2025/26”. Takie sformułowanie świadczy, iż intencją wnioskodawcy było wskazanie sposobu zwrotu wadium

„po zakończeniu postępowania”. Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia zawartą w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp „postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu”.

Z definicji tej wynika, że zakończenie postępowania następuje wraz z zawarciem umowy lub unieważnieniem postępowania.

W niniejszym postępowaniu żadna z tych sytuacji nie zaistniała w dacie złożenia wniosku o zwrot wadium. Nie zaistniały także przesłanki do zwrotu wadium wskazane w piśmie z dn. 12.02.2024 r., to jest po zakończeniu postępowania.

Zamawiający, wbrew treści owego pisma, dokonał interpretacji, że stanowi ono wniosek

o zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia ani w literalnym

brzmieniu pisma, ani w okolicznościach jego złożenia.

Ponadto należy zauważyć, że przesłane pismo jest graficznym odwzorowaniem dokumentu pisemnego. Wynika z niego, że pismo zostało podpisane przez jakąś osobę z upoważnienia Wykonawcy. Wskazuje na to umieszczenie przed podpisem oznaczenia „z up.”.

Niewątpliwie należy uznać, że tak podpisane pismo nie pochodzi od Wykonawcy,

a co najwyżej od jego pełnomocnika. Wykonawca w toku postępowania nie składał żadnego pełnomocnictwa, które pozwalałoby na uznanie, iż pełnomocnik Wykonawcy złożył w postępowaniu skuteczne oświadczenie.

Należy zauważyć, że dla tego rodzaju oświadczenia, zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania

i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, wymagana jest forma postaci elektronicznej.

Przywołane rozporządzenie wskazuje na złożenie oświadczenia w formacie danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r.

o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W formacie danych wskazane jest jasno, że pismo nie pochodzi

od Odwołującego, a od innej osoby działającej w jej imieniu, jednak bez wykazania stosownego pełnomocnictwa. Brak jest jakiegokolwiek tekstu wpisanego bezpośrednio do wiadomości przesłanej za pośrednictwem e-mail.

Abstrahując zatem od poruszonej na wstępie błędnej interpretacji treści pisma

z dn. 12.02.2024 r., błędne jest w ogóle przyjęcie, że zawiera ono oświadczenie Odwołującego.

II. Naruszenie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zwrot wadium Odwołującemu pomimo braku właściwego wniosku o zwrot wadium – złożonego po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przepis art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp statuuje zasadę nakładającą na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku, zwrotu wadium wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Niewątpliwie pismo z dn. 12.02.2024 r., na które powołuje się Zamawiający w przesłankach odrzucenia oferty Odwołującego, przesłane zostało do Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Omawiany przepis wskazuje na obowiązek zwrotu wadium w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku. Zatem początkowym dniem terminu nie jest dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, jak wskazuje w informacji o wyborze Zamawiający - „Stosując niniejszy przepis ustawy Pzp, Zamawiający dnia 20.02.2024 r. zwrócił środki pieniężne wskazane we wniosku o zwrot wadium w celu dotrzymania 7-dniowego terminu na wykonanie czynności.”.

Powyższe musi prowadzić do wniosku, że nawet uznając, wbrew okolicznościom wskazanym w uzasadnieniu do zarzutu nr I, że nastąpiło złożenie wniosku o zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej, to złożenie takiego wniosku przed wyborem jest bezskuteczne.

Aby omawiany wniosek mógł być skutecznie złożony, muszą nastąpić przesłanki opisane

w dyspozycji art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem musi nastąpić wybór oferty najkorzystniejszej, a następnie złożony wniosek o zwrot wadium. Dopiero wtedy nastąpi rozpoczęcie biegu 7-dniowego terminu na zwrot wadium. Na powyższy wniosek wskazuje wnioskowanie a contrario. Gdyby możliwe było złożenie wniosku o zwrot wadium także przed wyborem oferty najkorzystniejszej to ustawodawca musiałby wskazać obydwie możliwości rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wadium – 7 dni od dnia złożenia wniosku lub 7 dni od przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zależnie, która z tych czynności nastąpi później.

Inna interpretacja prowadziłaby bowiem do wniosku, że w przypadku złożenia wniosku

w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na więcej niż 7 dni przed wyborem oferty najkorzystniejszej, z chwilą wyboru Zamawiający pozostawałby w zwłoce z wykonaniem zobowiązania do zwrotu wadium. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie mógł dokonać zwrotu wadium w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy wniosek taki otrzymał w dniu 12.02.2024 r., a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał w dniu 13.02.2024 r.

III. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie wniosku o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo braku złożenia właściwego, zgodnego z przepisami ustawy Pzp, wniosku przez Odwołującego;

Jak zostało wykazane w uzasadnieniu do zarzutów I i II, Odwołujący nie złożył, a co najmniej nie złożył skutecznie wniosku o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem w przypadku braku takiego wniosku, jego oferta nie mogła zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazującego, że oferta podlega

odrzuconiu, gdy wykonawca złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taką podstawę odrzucenia wskazał bowiem Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z ostrożności pragnę wskazać, iż Odwołujący dokonał w dniu 22.02.2024 r. zwrotu błędnie zwróconego wadium, poprzez jego wpłatę na rachunek bankowy Zamawiającego.

Dodatkowo przesłał do Zamawiającego pismo z dnia 22.02.2024 r. wskazujące,

że otrzymany zwrot wadium został dokonany bez podstawy prawnej, a on sam jest zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu i samodzielnie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni. Pismo to dotarło do Zamawiającego przed dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż sam Zamawiający wskazuje na nie w informacji o wyborze.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca zatem nie mógł wiedzieć o jakie przedłużenie wnioskuje Zamawiający. Jednakże samodzielnie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, a oświadczenie to dotarło do Zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania. Nie znajdują zatem uzasadnienia przesłanki przewidziane w art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bowiem zgoda przewidziana tym przepisem dotyczy wniosku Zamawiającego,

a z takim wnioskiem Zamawiający do Odwołującego nie wystąpił.

W niniejszych okolicznościach materializują się przesłanki do wystąpienia o zgodę na wybór oferty po upływie terminu związania ofertą. Odwołujący taką zgodę zawarł w piśmie z dn. 23.02.2024 r.

Dodatkowo należy podkreślić, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w pierwotnym terminie związania ofertą. Zatem ewentualne przedłużenie lub nie terminu związania ofertą jest całkowicie irrelevantne dla prowadzonego postępowania.

IV. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy

Autocentrum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.

Wskazane w zarzutach I-III naruszenia skutkowały wynikowym naruszeniem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dn. 13.02.2024 r. oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji 2.

Powtórna ocena ofert dokonana z pominięciem oferty Wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy, prowadzi do ustalenia, że to oferta Odwołującego winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza, na podstawie ustalonych w dokumentacji postępowania kryteriów oceny ofert. Tym samym to oferta Odwołującego winna zostać wybrana w przedmiotowym postępowaniu.

V. Naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia przedmiotowego postępowania, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze, że Odwołujący nie wnioskował o zwrot wadium przed zakończeniem postępowania, a co najmniej nie uczynił tego skutecznie, tj.:

- 1) zanim zaktualizowała się którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp – czyli zanim wybrano najkorzystniejszą ofertę lub unieważniono postępowanie;
- 2) mimo, że z przesłanego wniosku wynikało, że zwrot wadium powinien nastąpić po zakończeniu postępowania;
- 3) nie załączając pełnomocnictwa do ww. wniosku;

Zamawiający dokonał przedwczesnego zwrotu wadium Odwołującemu oraz odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Powyższe doprowadziło do wady postępowania, która powinna skutkować jego unieważnieniem. Nie ulega bowiem wątpliwości, że z winy Zamawiającego doszło do przerwania okresu zabezpieczenia oferty wadium. Wykonawca prawidłowo złożył wadium i zabezpieczył nim ofertę na cały okres terminu związania. W wyniku wadliwego działania Zamawiającego, okres zabezpieczenia oferty został przerwany.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł jak w pkt IV i V

W dniu 11 marca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała,

że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym

naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu art. 65 kc w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię wniosku przesłanego z adresu e-mail Odwołującego dotyczącego zwrotu wadium po zakończeniu postępowania, Izba uznała go za zasadny.

Zgodnie z treści art. 65 kc;

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Natomiast art. 7 pkt 18 stawy Pzp wskazuje, że ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa

o postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia

do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy

w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

W dniu 12 lutego 2024 roku został do Zamawiającego przesłany pocztą elektroniczną wniosek o zwrot wadium o następującej treści: „w związku z zakończonym postępowaniem nr ZP.271.2.DU.2024.U „Usługi transportowe w zakresie dowozu dzieci do Szkoły Podstawowej i Przedszkola na terenie Gminy Lipka 2025/26” zwracam się z prośbą o zwrot wpłaconego

w dniu 24.01.2024 r. wadium w kwocie 10000,00 zł. Zwrotu proszę dokonać

na następujący rachunek bankowy (...)”

Zamawiający, w dniu 13 lutego 2024 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej,

a następnie w dniu 21 lutego 2024 roku dokonał zwrotu wadium na rachunek Odwołującego.

W wyniku odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego za najkorzystniejszego, Zamawiający w dniu 23 lutego 2024 roku dokonał kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz odrzucił ofertą Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, który zakwalifikował wniosek Odwołującego jako spełniający przesłanki określone w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niezasadny. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający niezwłocznie, nie później jednak

niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z treści powyższego przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że ustawodawca łączy obowiązek zwrotu wadium z wnioskiem wykonawcy oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie z innymi okolicznościami, na które może powołać się wykonawca.

Wniosek o zwrot wadium, który wpłynął do Zamawiającego wyraźnie przywoływał okoliczność zakończenia postępowania, która nie jest tożsama z wyborem oferty najkorzystniejszej. Analiza treści tego wniosku, przez pryzmat

art. 65 kc. nie pozwala na uznanie,

że Odwołującemu chodziło o zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z wyżej przywołanym art. 7 pkt 18 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednakże kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem.

Zatem utożsamienie przez Zamawiającego zakończenia postępowania z wyborem oferty najkorzystniejszej nie było zasadne.

Brak słuszności w ocenie Zamawiającego potwierdza również sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wyraźnie wskazał na różnicę między wyborem oferty najkorzystniejszej a zakończeniem postępowania. Zamawiający dokonał dwukrotnie wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wciąż trwa, i w chwili rozpoznawania zarzutów odwołania nie zostało jeszcze zakończone. Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał nadinterpretacji treści wniosku o zwrot wadium, w sposób niezgodny z jego literalną treścią.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby drugorzędne znaczenie dla oceny zasadności zarzutu, ma to kto i w jakiej formie złożył podpis pod wnioskiem o zwrot wadium. Należy podkreślić, że wniosek o zwrot wadium nie odnosił się do okoliczności wyboru oferty najkorzystniejszej lecz do zakończenia postępowania, a zatem wadium nie mogło zostać zwrócone na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sytuacja nie uległa by zmianie również wtedy, gdyby podpis pod wnioskiem o zwrot wadium nie budził żadnych wątpliwości.

Wobec powyższego zarzut należało uwzględnić.

Z powyższym zarzutem ściśle koresponduje zarzut naruszenia art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zwrot wadium Odwołującemu pomimo braku właściwego wniosku o zwrot wadium – złożonego po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Niewątpliwie treść wniosku o zwrot wadium nie wpisuje się w okoliczność określoną w art. 98 pkt. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zatem przepis odnoszący się do zasad zwrotu wadium nie będzie miał tu zastosowania. Zamawiający nie był uprawniony do zwrotu wadium, powołując się na dyspozycję art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednakże w ocenie Izby 7-dniowy termin na zwrot wadium ma wyłącznie charakter instrukcyjny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie wniosku o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo braku złożenia właściwego, zgodnego z przepisami ustawy Pzp, wniosku przez Odwołującego, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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 ustawy Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym należy dokonać oceny, czy zaistniały okoliczności polegające na tym, że Odwołujący złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konsekwencją czego jest obowiązek Zamawiającego odrzucenia jego oferty. Nie chodzi jednak o złożenie jakiegokolwiek wniosku dotyczącego zwrotu wadium, lecz wniosku o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp, bo tylko w tych okolicznościach ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty.

Jak zostało to wykazane powyżej, przy rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 65 kc, art. 7 pkt 18 i art 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący nie złożył wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Należy pamiętać, że przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, to przepisy sankcyjne, o najdalej idących negatywnych skutkach dla wykonawcy. Prowadzą bowiem do obligatoryjnego odrzucenia oferty przez Zamawiającego, tym samym pozbawiając wykonawcę możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Dlatego ich wykładnia musi być dokonywana w sposób ścisły i nie podlega rozszerzeniu przez Zamawiającego na okoliczności, których nie przewidział ustawodawca.

Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty w okolicznościach które nie zostały wyraźnie wskazane w dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

W ocenie Izby treść wniosku złożonego przez Odwołującego nie wpisuje się w zakres, który został wyznaczony treścią art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. A zatem, nie można uznać,

że Odwołujący złożył wniosek, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp, uzasadniający odrzucenie jego oferty.

Wobec powyższego nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Powyższe wskazuje również na zasadność zarzutów naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Autocentrum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Zarzut ten, jak wskazał Odwołujący ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutów poprzednich uznanych przez Izbę za zasadne.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia przedmiotowego postępowania, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonego przez Odwołującego jako zarzut ewentualny.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji Zamawiającego dotyczącej ewentualnej zmowy przetargowej, na którą Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, z uwagi

na to, że nie była ona podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, więc nie była objęta zarzutem odwołania, Izba wskazuje, że zgodnie z 555 Izba nie może orzekać wobec zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) i d) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: