**Sygn. akt: KIO 259/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 15 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**
**Michał Pawłowski**
**Małgorzata Rakowska**

Protokolantka: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie 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:**……..
……...
…….....

**Sygn. akt: KIO 259/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Zakup systemu do monitorowania funkcjonowania i zmian w środowiskach AD, Exchange, MS SQL, serwerów plików oraz wykonywania kopii bezpieczeństwa środowisk AD wraz ze wsparciem”, znak sprawy: 993200.271.26.2023, zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 173-543915. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

W dniu 23 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” wobec:

1) czynności Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 roku polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2) czynności Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 roku polegającej na unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 14) Ustawy w związku z art. 16 pkt 3) Ustawy;
2) naruszenie art. 255 pkt 2) Ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz:

1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 roku w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia Postępowania;
2) nakazanie Zamawiającego ukończenia procedury oceny ofert;
3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 Ustawy, środki ochrony prawnej określone w Ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu

zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przy czym wykonawcą – stosownie do definicji z art. 7 pkt 30) Ustawy – jest m. in. podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia.

W przypadku odwołania dotyczącego czynności czy zaniechań Zamawiającego, dokonanych przed złożeniem oferty, należy przyjąć, że każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada zarówno interes w jego uzyskaniu, jak i może ponieść szkodę (przy czym szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty).

Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, które wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania Odwołującego co min. zamanifestował składające ofertę w Postepowaniu. Co więcej w Postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta. W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwia jej wybór, w konsekwencji realizację przez Odwołującego przedmiotu zamówienia oraz osiągnięcia z tego tytułu zysku, zatem skutkuje szkodą Odwołującego w postaci utraconych korzyści. Ewentualne powtórzenie postępowania może nastąpić w warunkach zmienionych wymagań podmiotowych i przedmiotowych, a także w warunkach większej konkurencyjności niż w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust.1 pkt 14) uznając, iż Odwołujący złożył gwarancję wadialną, aneks nr 1 i aneks nr 3, oraz że Odwołujący nie złożył aneksu nr 2 co w opinii Zamawiającego, cyt:

*„W związku z przedstawionym stanem faktycznym, Zamawiający mając tak wniesiony, niekompletny dokument wadium, nie mógł stwierdzić czy wadium zabezpiecza jego interesy i czy będzie mógł w przyszłości skutecznie dochodzić swoich ewentualnych roszczeń."*

Odwołujący potwierdził, iż rzeczywiście nie dołączył w ramach dokumentów potwierdzających wniesienie wadium aneksu nr, 2 jednakże brak ten, w ocenie Odwołującego nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący na potrzeby wadium pozyskał gwarancję bankową KLG90853IN23 wystawioną przez ING Bank Śląsk S.A. w dniu 5 października 2023 roku. Pierwotnie termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na 10 października 2023 roku. Zamawiający wielokrotnie zmieniał termin składania ofert:

1. w dniu 5 października 2023 roku Zamawiający przesunął termin składania ofert na 17 października 2023;
2. w dniu 16 października 2023 roku Zamawiający przesunął termin składania ofert na 26 października 2023;
3. w dniu 25 października 2023 roku Zamawiający przesunął termin składania ofert na 7 listopada 2023;
4. w dniu 2 listopada 2023 roku Zamawiający przesunął termin składania ofert na 21 listopada 2023;
5. w dniu 17 listopada 2023 roku Zamawiający przesunął termin składania ofert na 24 listopada 2023.

Pięciokrotna zmiana terminu składania ofert spowodowała konieczność aneksowania gwarancji w celu dostosowania okresu jej obowiązywania do sukcesywnie przesuwanego terminu składania ofert i terminu związania ofertą. Z tej przyczyny Odwołujący konsekwentnie zlecał bankowi przygotowanie aneksu nr 1 do gwarancji a następnie aneksu nr 2 i 3, ograniczając zmiany wyłącznie do powyższych parametrów.

Ponieważ zakres zmian gwarancji sprowadzał się w każdym przypadku do zmiany okresu obowiązywania gwarancji, każdy z aneksów był niemal identyczny i polegał na zmianie poniższego fragmentu gwarancji poprzez nadanie mu nowego identycznego brzmienia, za wyjątkiem aktualizowania dat oznaczonych pogrubioną czcionką:

*„Gwarancja wchodzi w życie w dniu **2023-10-10.***

*Gwarancja obowiązuje do **2024-01-08** („Termin ważności gwarancji"), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia **2024-01-15**.*

*Odpowiedzialność Banku wygasa:*

*a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia **2024-01-15**, lub*

*b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu, do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub*

*c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub*

*d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty"*

W dniu 19 stycznia 2024 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż Odwołujący nie załączył do oferty aneksu nr 2, którego istnienie w opinii Zamawiającego oznacza, iż nie ulega wątpliwości aby w takim aneksie

hipotetycznie mogłyby się znaleźć postanowienia, które miałyby wpływ na możliwość zaspokojenia wierzytelności Zamawiającego o wypłatę gwarancji bankowej. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 226 ust 1) pkt 14) Ustawy.

Podkreślenia wymaga, iż aneks nr 2 jedynie dokonał zmiany terminu obowiązywania wadium oraz ostatecznego terminu do złożenia żądania wypłaty gwarancji bankowej. Ponieważ aneks nr 3 powoływał treść gwarancji w części zmienionej Aneksem nr 2 Zamawiający miał świadomość, iż przedmiotem Aneksu nr 2 była wyłącznie zmiana terminu obowiązywania gwarancji oraz zmiana terminu do wniesienia żądania wypłaty z gwarancji, co w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 roku Zamawiający przyznaje. Istotne jest także, iż okres gwarancji bankowej w dniu otwarcia ofert był prawidłowy, gdyż wynikał z aneksu nr 3 i pozostawał
w zgodności z SIWZ.

W opinii Odwołującego odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 14) Ustawy było bezzasadne. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

1)wykonawca nie wniósł wadium, lub
2)wniósł w sposób nieprawidłowy lub
3)nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub
4)złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W niniejszej sprawie oczywistym jest, iż nie miał miejsca przypadek wskazany w pkt 1), 3 i 4) powyżej. Zamawiający zajął merytoryczne stanowisko w sprawie dokumentów gwarancyjnych jedynie w jednym akapicie pisma z 19 stycznia 2024 roku, w dwóch lakonicznych zdaniach oraz w podsumowaniu swojego stanowiska:

*„(1) Mając na uwadze powyższe, po dokonaniu weryfikacji dokumentów dołączonych przez Wykonawcę do oferty, Zamawiający ustalił, że dokumenty te nie przedstawiają ciągłości dokonanych zmian w gwarancji bankowej. (2) Zamawiający nie będąc w posiadaniu brakującego dokumentu, nie jest w stanie zweryfikować jakie konkretnie zmiany wprowadził Aneks nr 2 i czy są to zmiany jedynie w zakresie terminu czy też przykładowo dotyczą kwoty gwarancji lub innych warunków."*

*„W związku z przedstawionym stanem faktycznym, Zamawiający mając tak wniesiony, niekompletny dokument wadium, nie mógł stwierdzić czy wadium zabezpiecza jego interesy i czy będzie mógł w przyszłości skutecznie dochodzić swoich ewentualnych roszczeń."*

Lakoniczność powyższego uzasadnienia wskazuje, iż Zamawiający miał trudności z precyzyjnym wskazaniem podstawy odrzucenia oferty.

Zdanie (1)

Skoro Zamawiający wskazuje na to iż *„dokumenty te nie przedstawiają ciągłości dokonanych zmian w gwarancji bankowej"* to wypada wskazać, iż ciągłość dokonanych zmian w gwarancji bankowej dokonanej przed datą przedstawienia gwarancji bankowej Zamawiającemu nie ma żadnego znaczenia, albowiem na potrzeby oceny skuteczności wadium wystarcza przedstawienie Zamawiającemu samej gwarancji bankowej (na dowód jej ustanowienia) oraz aneksu nr 3 (jako dowód przedłużenia terminów przewidzianych pierwotną treścią gwarancji). Tym samym nieprzedłożenie aneksu nr 1 lub/i aneksu 2 nie ma żadnego znaczenia dla oceny skuteczności ustanowienia wadium, bowiem trwałość wadium ustala się tylko
dla okresu związania ofertą czyli od dnia terminu składania ofert. Zatem dokonywanie badania gwarancji w okresie w jakim gwarancja nie stanowi jeszcze wadium jest całkowicie zbędne.

Zdanie (2)

Wypowiedź Zamawiającego wskazuje, iż Zamawiając nie stwierdził żadnej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty wskazanych w art. 226 ust.1 pkt 4) Ustawy. Otóż Zamawiający nie stwierdził aby wadium nie zostało wniesione, aby Odwołujący nie utrzymywał wadium przez okres związania ofertą czy też aby Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem
o zwrot wadium. W szczególności Zamawiający nie wskazał także na jakiekolwiek nieprawidłowości w złożonym wadium. Wręcz przeciwnie jak wynika z przedmiotowej wypowiedzi Zamawiającego, przyczyną odrzucenia wadium była obawa Zamawiającego, iż aneks nr 2 wprowadził nieznane Zamawiającemu postanowienia mogące hipotetycznie umniejszyć uprawnienia Zamawiającego do uzyskania zaspokojenia roszczenia wobec banku o wypłatę sumy gwarancyjnej, czyli nieznajomość kompletnej treści dokumentu gwarancyjnego czy też wątpliwości co do tego, iż przedstawiony zestaw dokumentów (gwarancja z aneksem nr 3) wyczerpuje treść gwarancji.

Podstawą odrzucenia oferty w ramach przesłanki *„wniósł w sposób nieprawidłowy"* jest wskazanie przez Zamawiającego konkretnej nieprawidłowości wadium a ta przez Zamawiającego nie została wskazana. Skoro zatem Zamawiający nie skonkretyzował jakiejkolwiek wady gwarancji bankowej nie miał podstaw do zdyskwalifikowania oferty Odwołującego. Powołane przez Zamawiającego orzeczenie KIO sygn. akt KIO 365/22, KIO 405/22 wyraźnie wskazuje, iż wadium podlega kontroli pod kątem wymagań formalnych i merytorycznych w celu ustalenia prawidłowości jego

ustanowienia. W szczególności pod kątem wniesienia wadium będącym gwarancją bankową w formie elektronicznej, pod kątem odpowiedniej wartości, momentu wniesienia oraz okresu zabezpieczenia. Tymczasem żadna z takich wad nie została wytknięta ofercie Odwołującego.

Z ostrożności należy wskazać, iż wszelkie obawy Zamawiającego (jakkolwiek nieuzasadnione) o hipotetycznych zmianach wprowadzonych aneksem nr 2 mogących mieć skutek w postaci umniejszenia praw Zamawiającego do otrzymania sumy gwarancyjnej, Zamawiający mógł z łatwością rozwiać kierując do Odwołującego stosowne pytania, na które Odwołujący mógłby odpowiedzieć przedkładając aneks nr 2. W prawdzie jak należy rozumieć, Zamawiający podziela tezę KIO powołaną w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 roku, iż nie istnieje w Ustawie tryb weryfikacji dokumentów wadialnych to jednak taki tryb istnieje poza Ustawą, gdyż Zamawiający jako beneficjent gwarancji KLG90853IN23 i potencjalny wierzyciel banku wystawcy gwarancji jest uprawniony do utrzymywania kontaktu z bankiem oraz zasięgania informacji o treści dokumentów gwarancyjnych wystawianych przez bank na zlecenie klienta banku gdzie beneficjentem gwarancji jest Zamawiający. Zatem pomimo dysponowania przez Zamawiającego narzędziem weryfikacji treści aneksu nr 2, Zamawiający mając wątpliwości co do ewentualnego zakresu regulacji naruszył zasadę proporcjonalności dokonując odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn jedynie ostrożnościowych, acz w braku choćby jakichkolwiek uzasadnionych przesłanek do stwierdzenia, iż wadium zostało ustanowione w sposób nieprawidłowy.

Powołane orzeczenie KIO dotyczy jednak uzupełniania gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub jej wyjaśnienia. W niniejszym przypadku treść gwarancji bankowej zmodyfikowanej aneksem nie wymagała wyjaśnienia ani uzupełnienia – bowiem spełniała wszelkie ustawowe wymagania dla gwarancji wadialnej oraz posiadała parametry wskazane w SWZ. Ocenie podlega sama treść gwarancji (wraz z aneksami) i tylko negatywny wynik oceny powoduje niemożność jej wyjaśnienia i uzupełnienia. W przeciwnym wypadku tj. w sytuacji gdy ocena gwarancji wadialnej jest pozytywna, w tym sensie iż nie stwierdza się jej wad skutkuje koniecznością uznania jej za wniesioną w sposób prawidłowy.

W tym miejscu należy podkreślić iż Zamawiający nie stwierdził jakiekolwiek wady gwarancji, natomiast czyni domniemania co do istnienia jej hipotetycznych modyfikacji, wykraczających poza treść przedłożonych dokumentów gwarancyjnych. Co więcej, żadne z postanowień dokumentów gwarancyjnych nie wskazywało na brak możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego.

Orzecznictwo sądów powszechnych w sposób jednolity przyjmuje, iż pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji dochodzi do zawarcia do powstania stosunku prawnego o charakterze abstrakcyjnym lecz mogącym skutkować powstaniem zobowiązania gwaranta o wypłatę sumy gwarancyjnej w okolicznościach określonych w gwarancji bankowej a samo żądanie beneficjenta dokonania wypłaty stanowi podstawę wykreowania wierzytelności pieniężnej wobec banku. Zgodnie z wyrokiem III CZP 16/93:

> *Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej* zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta *gwarancji.*

Jednocześnie Zamawiający nie dostrzegł, iż zmiana treści gwarancji bankowej po jej wręczeniu beneficjentowi wymaga zgody beneficjenta gwarancji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego II CSKP 18/22:

> *W piśmiennictwie wyrażany jest trafny pogląd, że zmiana lub rozwiązanie stosunku gwarancji bankowej w inny sposób niż wypowiedzenie lub odstąpienie, powinna nastąpić w formie umowy pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem umowy. Zasadą polskiego prawa cywilnego jest bowiem, że zmiana sytuacji prawnej podmiotu prawa cywilnego nie może nastąpić bez jego zgody. Wyjątkiem są te gwarancje bankowe, w których już w ich treści bank zastrzega, że są one odwoływalne jednostronnym oświadczeniem gwaranta* (por. J. M. Kondek (w:) B. Bajor, L. Kociucki, K. Królikowska, J. M. Kondek, Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnoprawnych, Warszawa 2020, art. 81, oraz powołana tam literatura). *Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, albowiem pozwana udzieliła gwarancji bankowej nieodwołalnej.*

W konsekwencji należy przyjąć, iż treść zobowiązania gwaranta kreująca abstrakcyjne gwaranta zobowiązanie wynika z treści dokumentu gwarancji przekazanej beneficjentowi takie zobowiązanie wynika z oświadczenia woli gwaranta. Treść tego zobowiązania odpowiada takiej treści dokumentu gwarancji jaką otrzymał beneficjent, gdyż dla skuteczności czynności prawnej ustanawiającej gwarancję skuteczną dla beneficjenta względem gwaranta konieczne jest doręczenia oświadczenia woli gwaranta w postaci gwarancji beneficjentowi. Skoro beneficjent (w tym przypadku Zamawiający) nie otrzymał od gwaranta (za pośrednictwem Odwołującego) aneksu nr 2 do gwarancji, to oznacza to, iż

aneks nr 2 nie stanowi elementu gwarancji stanowiącego element stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym a gwarantem.
Tym samym wszelkie hipotetyczne postanowienia aneksu nr 2 umniejszające uprawnienia Zamawiającego poniżej poziomu przewidzianego w Ustawie i SWZ nie mają zastosowaniaw stosunku prawnym pomiędzy Zamawiającym a gwarantem, a gwarant nie może
na nie powoływać względem Zamawiającego.
W takim stanie rzeczy Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 9 lutego 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Okolicznością sporną jest wpływ braku przekazania Zamawiającemu przed terminem składania ofert dokumentu – Aneks nr 2 do gwarancji bankowej nr KLG90853IN23 - na ocenę przez Zamawiającego prawidłowości wniesienia wadium przez Odwołującego.
Zdaniem Zamawiającego brak przedmiotowego Aneksu nr 2 i wiedzy co do jego treści, uniemożliwił zweryfikowanie wszystkich wymagań przewidzianych w Ustawie oraz SWZ
dla wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, co w konsekwencji spowodowało brak możliwości uznania, iż tak wniesione przez Odwołującego wadium zabezpiecza interesy Zamawiającego w zakresie możliwości skutecznego dochodzenia ewentualnych roszczeń w przyszłości. W ocenie Zamawiającego, dla oceny prawidłowości wniesienia wadium niezbędne było przedłożenie Zamawiającemu również Aneksu nr 2, gdyż na dokument gwarancji wadialnej w niniejszym postępowaniu, wbrew temu co twierdzi Odwołujący składają się oprócz dokumentu podstawowego - Gwarancja bankową nr KLG90853IN23 z dnia 5.10.2023 r. oraz Aneksu nr 3, również Aneks nr 1 oraz Aneks nr 2, gdyż dokumenty te wprowadzały również modyfikację do treści gwarancji. Podkreślenia wymaga, że z zestawienia jedynie Aneksu nr 3 z dokumentem podstawowym nie można stwierdzić jakie zmiany zostały wprowadzone do gwarancji wadialnej, jedynie poza okresem obowiązywania, a gwarancja wadialna powinna zawierać nie tylko okres obowiązywania, ale również: określenie gwaranta, beneficjenta, wykonawcy, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, sytuacje uprawniające do zatrzymania wadium, a także sposób zgłoszenia żądania i wreszcie oświadczenie gwaranta zawierające zobowiązanie do bezwarunkowej zapłaty na pierwsze żądanie beneficjenta.

Mając na uwadze powyższe, tylko zestawienie wszystkich aneksów z dokumentem podstawowym i ich łączna interpretacja dawałaby pewność Zamawiającemu, że wadium spełnia wymagania określone w SWZ oraz Ustawie i, że w przypadku ziszczenia się warunków określonych w SWZ, uzyska on określoną kwotę pieniężną z gwarancji.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 roku.

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

**Izba ustaliła co następuje:**

W przedmiotowym postępowaniu, w treści SWZ w rozdziale 3, Zamawiający ustanowił obowiązek wniesienia wadium:
3 WYSOKOŚĆ I ZASADY WNIESIENIA WADIUM
3.1. WYSOKOŚĆ WADIUM
Wykonawca składający ofertę jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości 200 000 zł (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100).
3.2. FORMA WADIUM
Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:
3.2.1. pieniądzu,
3.2.2. gwarancjach bankowych,
3.2.3. gwarancjach ubezpieczeniowych,
3.2.4. poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b pomoc finansowa udzielana przez Agencję

ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz.2080).

(…)

3.3.5. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 3.2.2, 3.2.3 i 3.2.4 SWZ, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

3.3.6. Z dokumentu wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub poręczenia powinno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 stanowiące podstawę do żądania wypłaty należności. Wadium takie powinno obejmować cały okres związania ofertą, poczynając od daty składania ofert.

3.3.7.W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 24.06.2020 r., KIO 662/20, z dokumentu wadialnego powinno wynikać jednoznacznie, że zobowiązanie gwaranta obejmuje wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz obejmuje wszystkie wskazane w ustawie przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, wynikające z działania lub zaniechania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

3.3.8. Niewniesienie wadium, wniesienie w sposób nieprawidłowy, nieutrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w pkt 3.4.2.3 SWZ, skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy.

3.3.9.Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący wraz z ofertą wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej nr KLG90853IN23, której termin obowiązywania wynosił: 10.10.2023r. – 08.01.2024r.

Wraz z dokumentem wadium zostały złożone dwa aneksy:

- Aneks nr 1 do Gwarancji nr KLG90853IN23 wystawionej dnia 2023-10-05 z dnia 23.10.2023w którym nastąpiło wykreślenie z treści Gwarancji nr KLG90853IN23 zapisu o brzmieniu:

*„Gwarancja obowiązuje do **2024-01-08** („Termin ważności gwarancji"), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia **2024-01-15**.*

*Odpowiedzialność Banku wygasa:*

*a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia **2024-01-15**, lub*

*b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub*

*c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub*

*d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty."*

i wprowadzono następujące zapisy:

*„Gwarancja obowiązuje do 2024-01-23 („Termin ważności gwarancji"), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia 2024-01-30.*

*Odpowiedzialność Banku wygasa:*

*a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia 2024-01-30, lub*

*b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub*

*c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub*

*d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty."*

*Pozostałe postanowienia Gwarancji nr KLG90853IN23 nie ulegają zmianom;*

-Aneks nr 3 do Gwarancji nr KLG90853IN23 wystawionej dnia 2023-10-05 z dnia 5.2.2023 r. w którym nastąpiło wykreślenie z treści Gwarancji nr KLG90853IN23 zapisu o brzmieniu:

*„Gwarancja obowiązuje do 2024-02-04 („Termin ważności gwarancji"), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia 2024-02-11.*

*Odpowiedzialność Banku wygasa:*

*a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia 2024-02-11, lub*

*b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub*

*c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub*

*d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty."*

i wprowadzono następujący zapis:

*„Gwarancja obowiązuje do 2024-03-04 („Termin ważności gwarancji"), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia 2024-03-11.*

*Odpowiedzialność Banku wygasa:*

*a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia 2024-03-11, lub*

*b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub*

*c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub*

*d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty."*

*Pozostałe postanowienia Gwarancji nr KLG90853IN23 nie ulegają zmianom.*

Odwołujący nie złożył Zamawiającemu wraz z ofertą Aneksu nr 2 do Gwarancji nr KLG90853IN23 wystawionej dnia 2023-10-05.

W dniu 19 stycznia 2024 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp oraz na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie.

**Izba zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie 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 nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w ocenie Izby jest on niezasadny.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 14 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.

W pierwszej kolejności Izba wyjaśnia, że ustawa Prawo Zamówień publicznych nie definiuje wadium. Legalną definicję wadium zawiera art. $70^4$ Kc, stanowiąc, iż w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). W świetle tego przepisu wadium to określona suma pieniężna, od której zapłaty lub zabezpieczenia zapłaty uzależniony jest udział w aukcji lub przetargu (zastrzeżenie pod rygorem odrzucenia oferty) (zob. Komentarz pod red.
H. Nowaka, M. Winiarza Prawo Zamówień Publicznych UZP 2021, s. 330).

W ocenie Izby, okoliczności analizowanego stanu faktycznego potwierdziły zaistnienie przesłanki wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.

Przesłanka nakazująca odrzucenie oferty z uwagi na wniesienie wadium przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, jest przesłanką pojemną znaczeniowo, która na gruncie Pzp jest przedmiotem licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Przesłanka ta sankcjonuje błędy popełnione przez wykonawców, związane z wniesieniem wadium (por. Komentarz
pod red. H. Nowaka, M. Winiarza Prawo Zamówień Publicznych UZP 2021, s.728)Najczęściej ma ona zastosowanie do innych niż pieniężna form wniesienia wadium i dotyczy np. terminu, na jaki wadium zostało wniesione, treści gwarancji czy formy jej wniesienia. Jednakże z uwagi na brak definicji ustawowej, dla oceny, czy wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy konieczne jest spojrzenie na wadium przez pryzmat jego celu, a więc tego, czy tak wniesione wadium zabezpiecza interesy zamawiającego i czy będzie on mógł w każdym momencie zaspokoić się z tego wadium.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w pełni podziela utrwalone stanowisko Izby, także zaprezentowane

w wyrokach przywołanych przez Zamawiającego,
na potwierdzenie prawidłowości czynności podjętych przez niego w postępowaniu, tj: *istotne jest, aby treść dokumentu wadialnego (w sytuacji, gdy wadium jest wnoszone w formie poręczenia lub gwarancji) uwzględniała wszystkie wymagania zamawiającego, które zostały określone w SIWZ i dawała zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy*. (wyrok KIO z dnia 30.01.2019 r. KIO 44/19);*„treści gwarancji nie można domniemywać, Zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować. (…) niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta (…) W przypadku gwarancji, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretne określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak,*
*by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego*
*mu prawa zatrzymania wadium."*

Za zasadne zatem Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który wobec braku Aneksu nr 2 do gwarancji bankowej uznał, że: „*Zamawiający mając tak wniesiony, niekompletny dokument wadium, nie mógł stwierdzić czy wadium zabezpiecza jego interesy i czy będzie mógł w przyszłości skutecznie dochodzić swoich ewentualnych roszczeń"* i w konsekwencji odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.
Nie ulega wątpliwości, że brak Aneks nr 2 do gwarancji bankowej nie dawał Zamawiającemu pewności co do ostatecznej treści wadium.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, który twierdzi, że: „*Ponieważ aneks nr 3 powoływał treść gwarancji w części zmienionej Aneksem nr 2 Zamawiający miał świadomość, iż przedmiotem Aneksu nr 2 była wyłącznie zmiana terminu obowiązywania gwarancji oraz zmiana terminu do wniesienia żądania wypłaty z gwarancji, co w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 roku Zamawiający przyznaje. Istotne jest także, iż okres gwarancji bankowej w dniu otwarcia ofert był prawidłowy, gdyż wynikał z aneksu nr 3 i pozostawał w zgodności z SIWZ*".

Izba zauważa, że z treści Aneksu nr 3 wynikała jedynie informacja co do treści Aneksu nr 2, która została zmieniona Aneksem nr 3. Nie można jednak z treści Aneksu nr 3 uzyskać informacji całościowej, co do tego jaka treść została wprowadzona go gwarancji bankowej Aneksem nr 2 (co zostało z niej usunięte oraz co zostało dodane). Możliwym było zatem,
że Aneksem nr 2 Odwołujący dokonał całkowitej zmiany treści podstawowego dokumentu gwarancji bankowej (której to treści Zamawiający bez dostarczenia tego dokumentu nie mógł znać), a następnie Aneksem nr 3 dokonał jedynie zmiany terminu obowiązywania gwarancji.

Zgodzić się więc należy z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że z przekazanych dokumentów wadium nie wynikało, że:

- *wadium zostało wniesione w wymaganej wysokości,*
- *dokument wadialny spełnia funkcję gwarancyjną i zabezpieczającą – pozwala na zatrzymanie wadium w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 Ustaw*
- *z treści dokumentu wynika jednoznacznie gwarantowanie wypłaty należności w sposób nieodwołany, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie Zamawiającego.*

*Z zestawienia powyższych dokumentów można było jedynie wywnioskować, że na skutek wprowadzenia do treści gwarancji zmiany nr 2 (Aneks nr 2) zmieniony został termin obowiązywania gwarancji. Z treści Aneksu nr 3 nie można było wyinterpretować,*
*czy na podstawie Aneksu nr 2 zmianie nie uległy również inne postanowienia z dokumentu podstawowego. Z Aneksu nr 3 nie wynikało również np. stwierdzenie, że gwarancja wadialna przyjmuje brzmienie nadane jej dokumentem podstawowym z wyłączeniem zmiany terminu obowiązywania zmienionym Aneksem nr 3. Stąd Zamawiający w skutek braków wykazanych powyżej nie mógł uznać, za wystarczające, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.*

Za częściowo niezasadną Izba uznała również argumentację Odwołującego dotyczącą konieczności wykazania ciągłości dokonanych zmian w gwarancji bankowej, zgodnie z którą *nieprzedłożenie aneksu nr 1 lub/i aneksu 2 nie ma żadnego znaczenia dla oceny skuteczności ustanowienia wadium bowiem trwałość wadium ustala się tylko dla okresu związania ofertą czyli od dnia terminu składania ofert. Zatem dokonywanie badania gwarancji w okresie w jakim gwarancja nie stanowi jeszcze wadium jest całkowicie zbędna.*
W zakresie terminu ważności gwarancji Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodniez którym dla oceny skuteczności wadium istotny jest termin jej obowiązywania, liczony
od terminu składania ofert do upływu terminu związania ofertą. Jednakże Odwołujący
w powyższej argumentacji pomija całkowicie okoliczność, że skuteczność wniesienia wadium podlega badaniu nie tylko pod kątem terminu obowiązywania, ale również pod kątem jego treści. Co bez załączenia Aneksu nr 2 nie było dla

Zamawiającego możliwe.

Nie znajduje również potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie stwierdził żadnej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (błędnie podanym w odwołaniu jako art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp) oraz, że nie wskazał na jakiekolwiek nieprawidłowości w złożonym wadium. A także,

że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była obawa Zamawiającego, że Aneks nr 2 wprowadził postanowienia, które mogą hipotetycznie umniejszyć uprawnienia Zamawiającego do uzyskania zaspokojenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej, czy też wątpliwości

co do tego, iż przedstawiony zestaw dokumentów (gwarancja z aneksem nr 3) wyczerpuje treść dokumentu.

Izba podkreśla, że w treści dokumentu „Informacja o unieważnieniu postępowania",

w którym przedstawione zostały okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty. Oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp, ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Zamawiający przedstawił również uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując na brak Aneksu nr 2, bez znajomości którego nie jest w stanie zweryfikować jakie konkretnie zmiany wprowadził Aneks nr 2 i czy są to zmiany jedynie w zakresie terminu czy też przykładowo dotyczą kwoty gwarancji lub innych warunków.

Ponadto złożone dokumenty nie przedstawiają ciągłości dokonanych zmian w gwarancji bankowej.

Wobec powyższego, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że powyższy stan faktyczny wpisuje się w okoliczność, w której wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy odnosi się

do treści wadium, której Zamawiający z uwagi na brak Aneksu nr 2 nie był w stanie ustalić.

Podkreślenia wymaga, jak przywołano powyżej, że Zamawiający nie może domniemywać treści złożonej gwarancji. Musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione

i zabezpieczone zgodnie z przepisami.

Takiej pewności nie dawała Zamawiającemu złożona przez Odwołującego niekompletna gwarancja bankowa.

Za niezasadną Izba uznała również argumentację Odwołującego dotyczącą możliwości wyjaśnienia treści Aneksu nr 2, poprzez skierowanie pytania do Odwołującego lub do wystawcy gwarancji.

Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających

na konwalidację wadium wniesionego w sposób nieprawidłowy, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji.

Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadialnego omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp.

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium wniesionego w formie niepieniężnej na podstawie dokumentu złożonego wraz z ofertą. W przypadku ustalenia

na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega również uzupełnieniu po terminie składania ofert. Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp.

Zauważenia wymaga również, że argumentacja Odwołującego dotycząca naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, nie zawiera żadnego uzasadnienia potwierdzającego, że Odwołujący złożył gwarancję w sposób prawidłowy, a Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny tego dokumentu. Odwołujący skupia się wyłącznie na próbie wykazania co Zamawiający mógłby zrobić (choć takiego obowiązku nie ma),

aby uzdrowić wadium Odwołującego, pomijając całkowicie okoliczność, że to Odwołujący zobowiązany jest do wniesienia wadium w taki sposób, aby wypełnić cel wadium, tj. w sposób który nie pozostawia Zamawiającemu żadnych wątpliwości, co do prawidłowego zabezpieczenia finansowego oferty.

Dodać należy, że wobec rygorystycznego traktowania przez ustawę kwestii dotyczących wadium, to wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę (por. wyrok z dnia 26 maja 2020 r KIO 641/20).

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia, potwierdzającego zasadność zarzutu. Ponadto, w ocenie Izby czynności podjęte przez Zamawiającego nie potwierdziły naruszenia zasady proporcjonalności. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Podobnie co do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp, stosownie do treści którego, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji potwierdzającej zasadność zarzutu. Co więcej, w okolicznościach stanu faktycznego, gdzie oferta złożona w postępowaniu jako jedyna podlegała odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia tego postępowania.

W tych okolicznościach zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) oraz § 8 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….

Członkowie: …….

……..